١ [illegible] خطي [illegible] و[illegible]

بتاريخ ثمان وثمانين بعد الالف بخط فخر الدين محمد جرجاني

بخطه محمد جرجاني

بين المكره واضح اذ لا قصد لهما الى العقد ولا اهلية له لفقد شرطه وهو العقل بخلاف المكره فانه بالغ عاقل وليس ثم مانع الا عدم القصد الى العقد حين ايقاعه وهو مجبور بلحوقه له بالاجازة فيكون كعقد الفضولي حيث انتفى القصد اليه من مالكه الذي يعتبر قصده حين العقد فلما لحقه القصد بالاجازة صح وح فلا مانع من الصحة الا تخيل اشتراط مقارنة القصد للعقد ولا دليل عليه وينبه على عدم اعتباره عقد الفضولي وعموم الامر بالوفا بالعقد يشمله فلا يقدح فيه اختصاص عقد الفضولي بنص وبهذا يظهر ضعف ما قيل هنا من انتفاء القصد اصلا رأسا مع عدم الرضا وان الظاهر من كون العقود بالقصود المنافي لها دون المتاخر ويمكن ان يقال ان القصد من المكره حاصل دون من سبق لان غير العاقل لا يقصد الى اللفظ ولا الى مدلوله بخلاف المكره فانه باعتبار كونه عاقلا قاصد الى ما يتلفظ به ويفعله بشعوره لكنه بالاكراه غير قاصد الى مدلوله وذلك كاف في صلاحيته وقبوله للصحة اذا لحقه القصد الى مدلوله باجازته ومثله القول في عقد الفضولي فانه قاصد الى اللفظ الصادر منه لان المفروض اهليته وجمعه للشرايط المعتبرة في صحة العقد الا الملك ولا يتحقق منه قصد مدلوله الى نقل الملك والتسليط على التصرف وغيرهما من احكام العقد لان ذلك من وظايف المالك فاذا اجازه المالك وقصد الى ذلك صح ويتفرع على ذلك ما لو عقد الفضولي في حالة لا يكون فيها اهلا للقصد الى اللفظ كالنايم والسكران والصبي والمجنون فان الاجازة اللاحقة له من المالك لا تفيد ومن ثم حكموا بان الولي لو اجاز عقد الصبي لم يصح وهذا واضح بين وقد نبه الشهيد في الدروس على ما يرد ذلك وان كان [illegible] لا يخلو من مناقشة فقال في بيع الفضولي اذا لحقه الرضا والاقرب ان الا كان [illegible] قصد الى اللفظ [illegible] انتفى قصده لم يرتفع الرضا كالسكران وهو تنبيه حسن الا ان في تعبيره ظاهر في المكره بحيث يتلفظ و[illegible] بالعقد غير قاصد الى لفظه كالسكران نظرا فان الاكراه على اللفظ بحيث يكون حركة اللسان من المكره غير متحقق ولا يقدر المكره وانما يتحقق الاكراه بحمل المكره المكرَه على الفعل باختياره خوفا من المكره على نفسه او ماله او ما في حكمها مع حضور عقله وتمييزه بخلاف المجنون والسكران ونحوها غير ان ما ادعاه انه اذا بلغ الاكراه الى تحقق وقوعه فالامر فيه كما قاله لكن يبقى في هذا كله اشكال من وجه اخر وهو ان الجماعة قد حكموا بفساد عقده ولم يذكروا لزومه لو لحقه الرضا به وظاهر حاله انه قاصد الى اللفظ دون مدلوله لانه بالغ عاقل فالاقرب اما الحاقه بالمكره في عدم عقده مع لحوق الرضاء او ابداء الفرق بكونه غير قاصد للفظ وفيه تامل واعلم ان بيع المكره انما يتوجه اليه البطلان اذا كان بغير حق فلو اكره بحق بان توجه عليه بيع ماله لوفاء دين عليه او شرى مال اسلم اليه فيه فاكرهه الحاكم عليه صح شراؤه فانه اكراه بحق ومثله تقويم العبد على معتق نصيبه منه وتقويمه في فكه من الرق ليرث واكراهه على البيع لنفقته ونفقة زوجته مع امتناعه وبيع الحيوان اذا امتنع من الانفاق عليه والعبد اذا اسلم عند الكافر والعبد المسلم والمصحف اذا اشتراهما الكافر وسوغناه فانهما يباعان عليه قهرا والطعام عند المخمصة يشتريه خايف التلف والمحتكر مع عدم وجود غيره واحتياج الناس اليه فكل هذه الصور مستثناة من قولهم ان بيع المكره غير صحيح وضابطها الاكراه بحق كما قدمناه

قوله ولو امره ان يبتاع نفسه [illegible] قيل لا يجوز والجواز اشبه ؛ وجه المنع اعتبار التغاير بين المتعاقدين وعبارة العبد كعبارة [illegible] او اشتراط اذن المولى في تصرف العبد ولم يسبق له منه اذن ويندفع الاول بان المغايرة الاعتبارية كافية ومن ثم اجتزاء بان يكون الواحد الحقيقي موجبا قابلا فهنا اولى والثاني بان مخاطبة السيد له بالبيع في معنى التوكيل في تولي القبول وبه يظهر جواب ما قيل من ان قوله من مولاه مستدرك لانه لا يشتري نفسه الا منه فانه ربما احترز به عن شرائه نفسه من وكيل مولاه فانه قد لا يصح نظرا الى وقوعه بغير اذن المولى بخلاف ما لو وقع مع المولى فانه في معنى

الاول والاقوى الجواز **قوله** ولو باع ملك غيره وقف على اجازة المالك او وليه على الاظهر هذا قول الاكثر ويدل عليه وجود
المقتضي للصحة وهو الجامع للشرايط وليس ثم مانع الا اذن المالك وبحصوله بعد يزول المانع ويجتمع الشرايط واشتراط المالكية
لهم في المبيع اعم من كونه شرطا للزوم او للصحة ويؤيده حديث عروة البارقي حيث امره النبي صلى الله عليه وآله بشراء شاة بدينار
فاشترى شاتين به ثم باع احديهما به وجده مع الاخرى فاجازه النبي صلى الله عليه وآله وبارك له في صفقة يمينه وفي المنع احاديث
وهي من الطرفين عامية الا ان ما هنا اشهر او ادل على المطلوب ولا فرق في ذلك بين البيع والشراء وان كانت المسئلة والرواية
مفروضة في البيع ثم على تقدير الاجازة ولزوم العقد فهل هي ناقلة للملك من حين ... المال من حينها او كاشفة عن حصوله من حين
عقد البيع الاقوى الثاني ويظهر الفائدة في النماء المتخلل بينهما وفي احكام اخرنا تي ان شاء الله تعالى ثم ان اتحد العقد فالحكم واضح و
ان ترتبت العقود على الثمن او المثمن او هما واجاز الجميع صح ايضا وان اجاز احدها فان كان هو المثمن صح في المجاز وما بعده
من العقود وان كان هو الثمن صح وما قبله كذا اطلقه جماعة من الاصحاب والفرق بين العبارتين ان اجازة البيع يوجب انتقاله
عن ملك المالك المجيز الى المشتري فيصح العقود المتاخرة عنه المترتبة على نقل المشتري ويبطل السابقة لعدم الاجازة واجازة
الثمن يوجب انتقاله الى ملك المجيز فيبطل التصرفات المتاخرة عنه فيه حيث لم يجزها ويصح السابقة لان ملك الثمن المتوقف
يتوقف على صحة العقود السابقة والا لم يمكن تملكه ذلك الثمن مثاله لو كان الفضولي قد باع مال المالك بكتاب مثلا
ثم باع الكتاب بسيف ثم باع السيف بثوب ثم باع الثوب بفرس فاجاز المالك بيع الثوب بالفرس فان ملكه ح للفرس
يتوقف على ملك الثوب وانما يملك الثوب اذا ملك العوض الذي اشتراه به وهو السيف وانما يملك السيف اذا ملك العوض
الذي اشترى به وهو الكتاب فظهر ان اجازته للعقد المتاخر يستلزم اجازة العقود السابقة والا لم يتم فيحكم بصحة
ذلك حملا لفعل المسلم على الوجه المعتد به شرعا وهذا الحكم صحيح في هذا المثال ونظايره الا ان مسئلة ترتب العقود
على الثمن اعم منه فان من صوره ما بيع الثمن وهو الكتاب في هذا المثال مرارا كما لو باعه ذلك الفضولي بمائة ثم باعه
المشتري بمائتين ثم باعه المشتري الثاني بثلثمائة فاجاز المالك العقد الاخير فانه لا يقتضي اجازة ما سبق بل لا يصح سواه
مع انه يصدق عليه ان العقود ترتبت على الثمن ولو يتم الحكم بصحة ما قبل المجاز واما مسئلة سلسلة العقود على
الثمن فصحة العقود اللاحقة للمجاز مبنية على ان الاجازة كاشفة للملك ليظهر ملك كل بايع متاخر حين بيعه وان كان في
ثاني الحال اما لو جعلناها ناقلة للملك من حين الاجازة فالبايع لم يكن مالكا حين بيعه وانما ملك بعده فالاجازة كانت
لمالك العين ولم يحصل وعند اجازته للعقد السابق خرج اللاحق عن ملكه فلم يمكنه الاجازة فتعين صحة البيع
المتاخر على من باع فضوليا ثم انتقل اليه الملك فان في لزوم البيع ح او توقفه على اجازته ثانيا وجهان وتظهر
بذلك ان اطلاق الحكم في المسئلتين يحتاج الى تنقيح **قوله** فان لم يجز كان له انتزاعه من المشتري ويرجع المشتري على البايع
بما دفع اليه وما اغترمه من نفقة او عوض عن اجرة او نماء اذا لم يكن عالما اذا لم يجز المالك البيع يرجع في عين ماله ونمائه
متصلا ومنفصلا وعوض منافعها المستوفاة وغيرها وبقيمة الهالك من ذلك او مثله والمعتبر بالقيمة يوم التلف على
الاقوى ان كان التفاوت بسبب السوق وبالاعلى ان كان بسبب الزيادة العينية كالسمن او الوصفية كالعلم بصنعة
ثم نسيها ثم ان المشتري يرجع بذلك كله على البايع مع احد الوصفين وهو الجهل بكونها لغير البايع وادعاء البايع الاذن
في البيع ولو رجع عليه المالك بالقيمة مع التلف رجع بها على البايع وان زادت عن الثمن المدفوع اليه ولا فرق في ذلك بين
ان يكون قد حصل للمشتري نفع في مقابلة ما غرم اولا على الاقوى لغروره ودخوله على ان يكون ذلك له بغير عوض **قوله** فان

لم يكن

لم يملك التوصل اليه بدون اذنه فما ذكره ابن ادريس حسن مع توقف تحصيل المنفعة على الاستيجار **قوله** فلو استاجر عبدا ابقا لم يصح ولو
ضم اليه وفيه تردد وجه التردد من عدم القدرة على تسليم المنفعة ومن جواز بيعه مع الضميمة للنص وكذا اجارته بطريق
اولى لاحتمالها من الغرر ما لا يحتمله البيع وكذا تردد في التحرير والتذكرة والحق المنع في الارشاد وقيده في التذكرة بعدم
الضميمة ومنهم بها جوازها معها وهو الذي اختاره الشهيد محتجا بالرواية لا بالاولوية والاولى الاقتصار بالحكم على
موضع النص والوفاق نعم لو كان المستاجر يتمكن من تحصيله جاز من غير ضميمة كالبيع وكذا القول في المغصوب لو اجره
الغاصب او لم يتمكن من قبضه وعلى القول بالجواز مع الضميمة يعتبر كونها متمولة يمكن افرادها بالمعاوضة وفي
اعتبار افرادها بجنس ما تضم اليه ففي البيع تردد في البيع وفي الاجارة بالاجارة او يكفي كل واحد منهما وجهان من
حصول المعنى ومن ان الظاهر ضميمة كل واحد منهما الى ما ليس شيء الى جنسه وقوى الشهيد الثاني **قوله** ولو منعه
المؤجر منه سقطت الاجرة وهل له ان يلتزم ويطالب المؤجر بالتفاوت فيه تردد والاظهر نعم الظاهر ان سقوطها
مشروط بالفسخ لتعذر حصول العين المطلوبة فاذا فسخ سقط المسمى ان لم يكن دفعه والا استرجعه وبهذا صرح في القواعد
ويحتمل ضعيفا كون سقوطها غير متوقف على الفسخ تنزيلا لتعذر تسليمها منزلة التلف فكما انه مع التلف ليس له
غير الاجرة المسماة فكذا هنا واختار هذا الاحتمال في التذكرة لكن قيده بمنع المؤجر المستاجر من العين من غير ان يكون
المنافع ثم قرب ثبوت الخيار لو استوفى وما اختاره المصنف من التخيير حسن لان المنفعة صارت حقه وقد غصبها
المؤجر فيجب عليه عوضها كالاجنبي فيتخير المستاجر بين الفسخ فيسقط المسمى ولا يرجع ح بالتفاوت بين المسمى
واجرة المثل وبين الابقاء على الاجارة واخذ عوض المنفعة وهو اجرة مثلها فيرجع بالتفاوت وهو زيادة اجرة
المثل عن المسمى ان كان **قوله** ولو منعه ظالم قبل القبض كان بالخيار بين الفسخ والرجوع على الظالم باجرة المثل
وجه التخيير ان العين قبل القبض مضمونة على المؤجر فللمستاجر الفسخ عند تعذرها ومطالبة المؤجر بالمسمى
لفوات المنفعة عليه وله الرضا بذلك ومطالبة الغاصب باجرة المثل لانه باشر الاتلاف عدوانا وهل للمستاجر
مع عدم الفسخ مطالبة المؤجر باجرة المثل يحتمله لكونها مضمونة عليه حتى يتحقق القبض ويضعف بان الثابت
عليه على تقدير تضمينه انما هو المسمى ان كان قبضه ولا يسقط هذا التخيير بعود العين الى المستاجر في اثناء
المدة بل له الفسخ في الجميع واخذ المسمى لفوات المجموع من حيث هو مجموع ولا اصالة بقاء الخيار السابق وله الامضاء
واستيفاء باقي المنفعة ومطالبة الغاصب باجرة مثل ما فات في يده من المنافع وليس له الفسخ في الماضي خاصة والرجوع
بقسطه في المسمى على المؤجر واستيفاء الباقي من المنفعة لاقتضائه تبعض الصفقة على المؤجر وهو خلاف مقتضى
العقد بل اما ان يفسخ في الجميع او يمضيه مع احتماله لان فوات المنفعة في هذه الحالة يقتضي الرجوع الى المسمى قد
حصل في البعض خاصة فاستحق الفسخ فيه **قوله** ولو كان بعد القبض لم تبطل وكان له الرجوع على الظالم كان من
حقه ان يقول لم يكن له الفسخ لان البطلان نفي على التقديرين فليس هو موضع الاستدراك وانما لم يكن له
الفسخ ح لاستقرار العقد بالقبض وبراءة المؤجر فيستحق المستاجر على الظالم الغاصب اجرة مثل المنفعة الفائتة
في يده لا غير ولا فرق في الغصب بعد القبض بين كونه في ابتداء المدة وفي خلالها لحصوله في الموضعين ولو كان
الغاصب المؤجر فالظاهر عدم الفرق **قوله** اذا انهدم المسكن كان للمستاجر فسخ الاجارة الا ان يعيده صاحبه و
يمكنه منه وفيه تردد مقتضى جواز الفسخ ان العقد لا ينفسخ بنفسه ولا بد من تقييده بامكان ازالة المانع او

بناء الاصل الانتفاع فلو انتفيا معا انفسخت الاجارة لتعذر المستاجر عليه والمراد باعادة المالك المستثناة لرفع الخيار لو كانت
سريعة بحيث لا يفوت شيء من المنافع وان قل والا بقي الخيار بغير تردد ونشأ التردد في تفريع اعادته كذلك من زوال المانع
مع عدم فوات شيء من المنافع ومن ثبوت الخيار بالانهدام فيستصحب اذ لم يدل على سقوطه بالاعادة وهو قوي قوله
اذا وجد المستاجر بالعين المستاجرة عيبا كان له الفسخ او الرضا بالاجرة من غير نقصان ولو كان العيب مما يفوت به بعض
المنفعة وجه التخيير مع ان المعيب هو العين وحقه منها هو المنفعة ان مورد الاجارة هو العين ليستوفى منها
المنفعة وهي تابعة في المالية للعين فيلزم من نقص العين نقص مالية المنفعة فعيب العين في قوة عيب المنفعة فله
الفسخ وان استوفى بعضها ولا يرد انه مع استيفاء البعض يكون قد تصرف وهو يسقط خيار العيب لان المراد بالتصرف
حقيقة بالبعض الذي صار للمتصرف وهو هنا المنفعة وما لم يستوفه منها لم يتصرف فيه انما حصل التصرف في المستوفى
ولان الصبر على المعيب ضرر منفي وقوله من غير نقصان اي من غير ارش وبهذا صرح جماعة وكان وجهه ان العقد انما جرى على
هذا المجموع وهو باق فاما ان يفسخ او يرضى بالجميع ويضعف بان الاطلاق لما كان منزلا على الصحيح كان الجزء الفائت او
الوصف مقصود المستاجر ولم يحصل وهو يستلزم نقص المنفعة التي هي احد العوضين فثبوت الارش متجه وطريق
معرفة الارش ان ينظر الى اجرة مثلها سليمة ومعيبة وينظر الى التفاوت بينهما ويرجع من المسمى بتلك النسبة ولو اختار الفسخ
فان كان قبل ان يمضي من المدة ماله اجرة فلا شيء عليه وان كان بعد مضي بعض المدة واستيفاء منفعتها فعليه من المسمى
بقدر ما مضى ثم ان تساوت المنفعة في المدة قسطت على اجزاء المدة وان اختلفت كما لو كان اجرتها في الشتاء اكثر منها في غيره
ودابة اجرتها في بعض المواسم اكثر او الطريق مختلفة رجع في التقويم الى اهل الخبرة ويقسط المسمى على حسب قيمة المنفعة
كقسمة الثمن على الاعيان المختلفة في البيع واعلم ان القسم المسكوت عنه المدلول عليه بلو الوصلية في قوله ولو كان
العيب يفوت به بعض المنفعة هو ما اذا كان العيب لا يفوت به شيء منها لا ما اذا كان يفوت به الجميع لان ذلك يفسد
العقد كله اذا كانت الاجارة واردة على العين فلو وردت على الذمة فدفع اليه عينا فظهرت معيبة لم يكن له الفسخ
بل على المؤجر ابدالها نعم لو تعذر الابدال لعجزه عنه او امتناعه ولم يمكن اجباره عليه تخير المستاجر لتعذر ما جرت عليه
المعاوضة فيرجع الى ماله قوله اذا تعدى في العين المستاجرة ضمن قيمتها وقت العدوان لانه يصير ح بمنزلة الغاصب
وهو مبني على ان الغاصب يضمن قيمة المغصوب يوم الغصب وهو اختيار الاكثر وقيل يضمن اعلى القيم من حين العدوان
الى حين التلف والاقوى ضمان قيمتها يوم التلف وقد تقدم مرارا قوله ولو اختلفا في القيمة كان القول قول المالك ان
كانت دابة وقيل قول المستاجر على كل حال وهو اشبه القول بالتفصيل للشيخ ره والاقوى ما اختاره المصنف ره من تقديم قول
المستاجر مطلقا لانه منكر قوله من تقبل عملا لم يجز ان يقبله غيره بنقيصة على الاشهر الا ان يحدث فيه ما يستبيح به الفضل
هذا هو الاشهر ومستنده اخبار وحملها على الكراهة اولى جمعا ولا فرق في الجواز على تقدير الحدث بين قليله وكثيره
ولا يخفى ان الجواز مشروط بعدم تعيين العامل في العقد والا فلا اشكال في المنع والضمان لو سلم العين قوله ولا يجوز
تسليمها الى غيره الا باذن المالك ولو سلم من غير اذن ضمن يمكن ان يريد بالتسليم المنهي عنه على تقدير عدم جواز
تقبيلها لغيره والحكم ح واضح ويمكن ان يريد به في صورة الجواز او الاعم والوجه ح انه مال الغير فلا يصح تسليمه الى غير
من استامنه عليه وجواز اجارته لا ينافيه بل يستاذن المالك فان امتنع رفع امره الى الحاكم فان امتنع احتمل جواز
التسليم ح لتعارض حق العامل الثاني وحق المالك فيقدم العامل وفاء بالعقد ويحتمل تسلطه على الفسخ لا غير لان

تبعه
المالك

تبعه المصنف ره هنا والعلامة في القواعد والارشاد وقد نبه المصنف ره في النافع فقال كان ضامنا للمال ان لم يحضره في الاجل وكذلك
العلامة في التحرير والتذكرة فهذا ما يتعلق بحكم المسألة والتقصير في تاديتها ثم يبقى الاشكال في الفرق بين المسألتين بمجرد تقديم الجزاء بينه
على الشرط وتاخيره فان ذلك لا مدخل له في اختلاف الحكم لان الشرط وان تاخر في حكم المتقدم الا ان الجماعة جمدوا على النص مع
ذلك لم يوفوا بقيوده كما عرفت ويبقى الكلام في المستند فان سند الروايتين ضعفا وجهالة في بعض رجالهما فالاستناد اليهما في هذا
الحكم المخالف للقواعد الشرعية والعربية لا يخ من اشكال ثم ان لجماعة الاصحاب لهم في الاعتذار عن ذلك وجوه منها الجمود على النص
من غير تعرض على تعليل ولا التفات الى المخالف وهو طريقة الشيخ ومن تبعه ومع ذلك لا يتحاشون من عدم صحة المستند كما قد علم ذلك
من طريقة الشيخ سيما في النهاية التي قد ذكر فيها هذه المسألة فانه يذكر فيها ما وردت به النصوص مع ضعف اكثر منها ولا يخفى ما في
هذه الطريقة من الخطر خصوصا في مثل هذا الحكم المخالف للاصول مع ضعف المستند ومنها ان الحكم في المسألتين اجماعي ومع ذلك له
منصوص فلا يمكن العدول عنه بمجرد القياس الفرق بين الصيغتين وهذا ذكره ابن في المهذب وتبعه الشيخ علي ره في الشرح وفيه
نظر لمنع الاجماع في موضع النزاع فان احدا من الاصحاب لم يدعه والموجود كلامهم في المسألة جماعة يسيرة والباقون لا يعرف حكمهم فيها
ومع ذلك فقد ذكرها العلامة في المخ وحكى فيها كلام الشيخ ومن تبعه ثم قال وعندي في هذه المسألة نظر ثم نقل فيها عن ابن الجنيد كلاما
يخالف ما ذكره الشيخ والجماعة وقال ان كلام ابن الجنيد انسب وقد عرفت ان المصنف ره وحده فيها قولين هنا وفي النافع والعلامة ره
فيها اربعة مذاهب كما سنبينه فدعوى الاجماع بمثل ذلك عجيب ومنها ما فرق به ابن ادريس فقال انه يلزمه ضمان النفس حيث بدأ
بضمانها وضمان المال حيث بدأ بضمانه وهو فرق بنفس الدعوى لا يحصل له فائدة قال المصنف ره في نكت النهاية في رد ما ادعاه ان الشرط
متقدم على المشروط طبعا فلا عبرة بتاخيره وضعا ومنها ما ذكره الشيخ علي من ان التزامه للمال اذا قدمه براءة ذمة المضمون
عنه فيمتنع الكفالة واذا قدم الكفالة كان الضمان المتعقب لها لكونه معلقا على شرط باطلا ولمنافاة الضمان صحة الكفالة و
هذا الذي اظهره ناش من ظاهر كلام القواعد وما اشبهها كعبارة المصنف ره في الكتاب حيث اطلق التزام المال في المسألة الثانية
وقد عرفت انه في الرواية مشروط بعدم احضاره فيكون الكفالة ايضا صحيحة وان تاخرت عن ذكر المال هنا مع انه مع تقديم المال قد
جعل ضمانه مشروطا بعدم احضاره فكيف يقال ببراءة ذمة المضمون عنه حتى يمتنع كفالته وما هذا الا يرجع الى فرق ابن ادريس
الذي لم يجد نفعا ومع تقديم الكفالة قد ذكر في روايته ان جاء في الاجل فليس عليه مال ومفهوم الشرط ان لم يجئ به لزم المال فدل
بمفهومه على خلاف ما ذكره الجماعة وابداه من الفرق الا ان لا يقولوا بمفهوم الشرط وايضا فان المسألة اعم من كون المكفول على مال
وغيره من قتل وحد وصية وغيرهما مما لا يقبل الضمان وعلى تقدير المال فما جعله الضامن عليه من كذا في الاولى وخمسمائة في
الثانية ومطلقا في كلام الجماعة اعم من كونه مساويا للحق الذي على المكفول وزائدا وناقصا ومماثلا له في الجنس ومخالفا والضمان
الذي ادعوه في بيان الفرق لا يتم الا في قليل من هذه الاقسام كما لا يخفى وايضا ليس في العبارة التي ذكروها في المسألتين لفظ يدل
على كفالة صحيحة شرعا وانما الموجود فيهما ضمان معلق على شرط تقدم او تاخر واما الكفالة فهي مجعولة شرطا ومجرد ذلك لا يكفي في
عقد الكفالة ولو قيل انه اتى قبل ذلك بلفظ يدل عليها فتقدير مثل ذلك خارج عن مدلول المسألتين ومبطل للسر الذي ادعوه
في الفرق بينهما واما لفظ الرواية فيمكن ان يستفاد منه كونه كفل كفالة صحيحة قبل ذكر الشرط وجزائه كما يستفاد من قوله تكفل
بنفس الرجل الى اجل فان لم يات به الخ فانه جعل الشرط متعقبا للكفالة فرضها فلا بد من سبق كفالة على ما ذكر في المسألتين فهنا
تقصير اخر في عبارة الجماعة ثم يقال في دعوى الاجماع على هذا الحكم مع تعليله بالنص المذكور ان الاجماع ان كان على الحكم الذي ظهر
ستره ومن جملته لزوم المال خاصة وفي الثانية فقد عرفت ان القايل به قد خالف نفسه ولم يثبت في غير الكتاب حكما مخالفا لهذا

الحكم وهو ان اللازم هو الكفالة وان المال خاصة لا يضمن الا اذا لم يحضره وهو في الحقيقة من لوازم الكفالة كما تقدم على بعض الوجوه
لا دليل على صحة الضمان فكيف يتحقق الاجماع على المسألة وقد خالف فيها مثل العلامة والمحقق وابن الجنيد والشهيد ايضا فانه قيد
لزوم المال بعدم احضاره في اللمعة وبعض ما حققه في المسألة وان كان الاجماع قد يقع على الحكم مع القيد لبطلان الشرط المذكور مع ذلك
بعيد ما خلى عنه من العبارات تخالفه في الحكم وهو قول اخر في المسألة ومنها ما نقله فخر الدين عن والده انه حمل الرواية على
انه التزم في الصورة الاولى بما ليس عليه كما لو كان دينا فقال ان لم احضره فعلي عشرة دنانير مثلا فهنا لا يلزمه المال اجماعا لانه التزم بما
ليس عليه اما الثانية فانه التزم بما عليه وهو الدينار مثلا فكانه قال علي الدينار الذي عليه ان لم احضره ولا يخفى بعد هذا الحمل عند
اطلاق المال في الصورتين المتقاربتين بل نقول مقتضى القواعد العربية ان المال في الصورتين واحد لانه قال في الرواية فعليه
كذا وكذا درهما ثم قال الا ان يبدأ بالدراهم فاتى بها معرفة ومن القواعد المقررة ان اللفظ اذا تكرر والثاني معرفا يكون هو الاول والحاق
اللام على العهدية سواء كان الاول منكرا كقوله تعالى فارسلنا الى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول ام معرفا كقوله ان مع العسر يسرا
ثم ان مع العسر يسرا ومن هنا قيل لن يغلب عسر يسرين واما الرواية الثانية فالمال فيها في الصورتين متحد القدر وهو خمسمائة
فلا يصح هذا الحمل على الروايتين ومع ذلك فيرد على المجيب السابق في دعواه الاجماع على ان المراد هو ما الملفوظ والحال ان هذا
قول اخر في المسألة غير ما سبق وقد صار للعلامة وحده في هذه المسألة اربعة اقوال هذا احدها والثاني قوله في القواعد بلزوم
المال في الثانية مطلقا والثالث في التحرير والتذكرة بلزوم المال ان لم يحضره والرابع في المختلف بمذهب ابن الجنيد وهو قول يحتاج
تحقيقه الى تطويل فاعرضنا عنه هنا ومنها ما ذكره المقداد وقال انه حسن لم يذكره احد من الاصحاب وتلخيصه ان المراد من الاولى
الاتيان بصيغة الكفالة وتعقيبها بالتزامه بالمال ان لم يأت به وذلك يقتضي صحة الكفالة لتصريحه بها وما بعدها من المال غير
لازم للكفالة لما تقدم من ان مقتضاها لزوم المال للكفيل ان لم يأت به واما الثانية فانها تشتمل على ضمان معلق على شيء ما
والشرط متأخر فهي اما مبنية على جواز الضمان المعلق على شرط او ان الضمان تم بقوله علي كذا والشرط بعده مناف له فلا يلتفت
اليه لانه كتعقيب الاقرار بالمنافي ولا يخفى ما في هذا الفرق من الفساد خصوصا الكلام في الثانية وتحريره ان المال المذكور في الاولى
اعم من كونه هو المقصود من الكفالة وغيره كما سبق تقريره بكونه قد ذكر لازم الكفالة مطلقا ممنوع واما الحكم بصحة الضمان في
الثانية والشرط مع اتصاله به وكون الكلام جملة واحدة لا يتم الا باخره فعجيب وقياسه على الاقرار اعجب فان صيغ العقود كلها اذا
علقت على الشروط المفسدة يحكم بفسادها وان تأخر الشرط اجماعا والاقرار خارج من البين من جهة انه اخبار لا انشاء ولا اجماع
عليه اذا تقرر ذلك فنقول الذي يقتضيه ظاهر الرواية ان الكفالة وقعت بصيغة تامة في الموضعين وتعقبها ما ذكر من الشرط
بدليل قوله رجل يكفل بنفس رجل ثم قسمها الى القسمين فان التكفل اذا اطلق يحمل على معناه الشرعي وانما يتم بذكر لفظ يوجبه
وقوله بعده وان لم يأت به فعليه كذا وكذا اما ان يحمل على كون المكفول عنه بعد الحق المكفول لاجله على الترتيب تقتضيا فالكفالة
مع ذلك لا اشكال في الاولى لانه يصير كفيلا ابدا وما ذكر بعد الكفالة غير مناف ثم ان عملنا بمفهوم الشرط فهو ضامن للمال ان لم يأت
به الى الاجل لان مفهومه ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال الا انه اذا لم يجئ به فعليه المال وح فلا فرق بين الصيغتين لانه
حكم في الثانية بهذا الحكم ايضا لانه قال ان بدأ بالدراهم فهو لها ضامن ان لم يأت به الى الاجل ويكون الاستثناء منقطعا
ان لم يحصل به اخراج لاتحاد الحكم في المسألتين فكانه بين ان هذا الحكم هكذا ان قدم الدراهم او اخرها وبقي قوله في الرواية
الثانية عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم نظرا الى نفس حكم الكفالة لا الى ما يترتب عليها عند الاخلال بالاحضار وان لم
يعمل بمفهوم الشرط اشكل الفرق بين المقامين بما تقدم واما ان يحمل المال الملتزم على ما هو اعم من الحق فيكون على سبيل الجعالة

فنقول

فيلزمه ما التزمه ان لم يأت به في الموضعين باعمال مفهوم الشرط في الاول والتصريح في الثانية ويناسب هذا الحمل كون الكفالة قد لا تكون
غايتها المال كالقصاص والزوجية ثم على تقدير كون المال مجانسا للمكفول لاجله ينبغي الحكم باحتسابه منه نظرا الى اقتضاء الكفالة ذلك
ولو كان مخالفا احتمل رده اليه بالقيمة ايضا وان لم يكن الكفالة لاجل مال فهو التزام وتبرع محض والاطلاق في الرواية يقتضي صحته وعلى
ما قررناه فمخالفة الرواية للاصول ليست كثيرة عند اطلاقها ولو خصصناها بالمال المقصود حصل المقصود وان بقي في عبارة
الرواية قصور في البلاغة حيث اتحد الحكم في المسألتين مع كونه قد فرق بينهما الا انه اسهل من مخالفة الاصول بغير موجب ومع هذا
فاثبات الاحكام الخارجة على تقدير العمل باطلاقها لا يخرج من بعد لقصور الرواية عن اثبات مثل هذه الاحكام ولقد كنا في سعة من هذا
الاختلاف لو اطرحنا امثال هذه الروايات التي من شواذ الاحاد وبالله التوفيق قوله ومن اطلق غريما من يد صاحب الحق قهرا ضمن
احضاره او اداء ما عليه لانه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها او اداء الحق الذي بسببه يثبت اليد عليه
وينبغي ان يكون الحكم هنا كما سلف في الكفيل الممتنع من تسليم المكفول يطالب بالتسليم مع الامكان لا ان يفوض التخيير اليه وحيث
يؤخذ منه المال لا يرجع له على الغريم اذا لم يأمره بدفعه اذ لم يحصل من الاطلاق ما يقتضي الرجوع قوله ولو كان قاتلا لزم احضاره
او دفع الدية لا فرق في ذلك بين كون القتل عمدا وغيره اذ القصاص لا يجب الا على المباشر فاذا تعذر استيفاؤه وجبت الدية كما
لو هرب القاتل عمدا او مات ثم ان استمر القاتل هاربا ذهب المال على المخلص وان تمكن الولي منه وجب عليه رد الدية الى الغارم وان لم
يقتص من القاتل لانها انما وجبت لمكان الحيلولة وقد زالت وعدم القتل الان مستندا الى اختيار المستحق ولو كان تخليص الغريم من
يد كفيله وتعذر استيفاء الحق من قصاص او مال واخذ المال او الدية من الكفيل كان له الرجوع على الذي خلصه كغيره مما ذكر في تخليصه من
يد المستحق قوله ولا بد من كون المكفول معينا الخ هذه الثلثة ليشترك في ابهام المكفول فيبطل الكفالة لانه لا يعلم المكفول بعينه
ليتحقق المطالبة باحضاره ويزيد الثالث ان كفالة عمرو معلقة على شرط وهو عدم الاتيان بزيد فتبطل من هذا الوجه ايضا وكفالة
زيد ليست متعينة لان الكفيل جعل نفسه فيه في فسحة باحضار عمرو ان اختار فيرجع الى الابهام كالسابق وهذا مما لا خلاف فيه
قوله اذا احضر الغريم قبل الاجل وجب تسليمه اذا كان لا ضرر عليه والكفيل لا يجب عليه كان اشبه القول بوجوب تسلمه قبل الاجل
للشيخ بشرط انتفاء الضرر والاقوى ما اختاره المصنف من عدم الوجوب لانه غير التسليم الواجب اذ لم يجب بعد فلا يعتد به ومثله
ما لو سلمه في غير المكان المشروط او الذي يحمل الاطلاق عليه وان انتفى الضرر او كان اسهل مما ذكر قوله ولو سلمه وكان ممنوعا من تسلمه
بيد قاهر لم يبرأ الكفيل المعتبر في التسليم التام الذي لا مانع منه بوجه كما مر فلا يعتد بالتسليم الممنوع معه من استيفاء الغرض بقاهر
وغيره وهو واضح قوله ولو كان محبوسا في حبس الحاكم الخ الفرق بين الحبسين واضح فان الحاكم لا يمنعه من احضاره ومطالبته
بحقه بخلاف الظالم فقد تعذر منه المنع ولا بد من تقييده بكونه ممنوعا منه فلو كان المكفول له قادرا على تسلمه تاما من حبس
الظالم بسلطنته النظام او قوته ونحو ذلك فهو كما لو لم يكن محبوسا وانما اطلق المصنف ره والجماعة ذلك بناء على الغالب من تعذر تسلمه
تاما كذلك وحيث يكون في حبس الحاكم وطلب الحاكم باحضاره احضره مجلسه وحكم بينهما فاذا فرغت الحكومة رده الى الحبس بالحق الاول
ولو توجه عليه حق للمكفول له يوجب الحبس حبسه بها وتوقف اطلاقه على تخلصه منها قوله اذا كان المكفول غائبا الخ فمحل الانظار
ذلك القدر بعد مطالبة المكفول له باحضاره لا بمجرد الحلول والمراد من الغائب هنا من يعرف موضعه ولم ينقطع خبره فلو لم يعرف
لانقطاع خبره لم يكلف الكفيل احضاره لعدم الامكان ولا شيء عليه لانه لم يكفل المال ولم يقصر في الاحضار ولا فرق في الغائب
المعلوم محله بين المتجاوز مسافة القصر وغيره خلافا لبعض العامة قوله اذا تكفل بتسليمه مطلقا انصرف الخ وفيه تردد اطلق المصنف
وجماعة انصراف الاطلاق والكفالة الى بلد العقد لانه المفهوم عند الاطلاق وهذا التعليل يتم لو كان محل العقد بلد المكفول له او

بلد قرارا لانا في الارادة عرفا فلو كان برية او بلد غربة قصدها مفارقته سريعًا بحيث يدل القراين على عدم ارادته اشكل انصراف الاطلاق اليه
وقد تقدم الكلام على نظيره في السلم الا انهم لم ينقلوا هنا خلافا وعلى كل حال فالتعيين اولى وحيث تعين او يطلق ويحضره في غير بلد عينه ؛
هو او الشايع لا يجب تسليمه وان انتفى الضرر عملا بالشرط والمخالف الشيخ كما مر في الزمان قوله لو اتفقا على الكفالة وقال الكفيل لا حق لك عليه
كان القول قول المكفول له لان الكفالة يستدعي ثبوت حق انكار الكفيل الحق على المكفول اما ان يريد به نفيه ابتداء بحيث لم يكن وقت الكفالة
او يريد به نفيه الان بان يكون قد اداه او ابراه المستحق فان كان الاول وهو المراد هنا فالدعوى راجعة الى صحة الكفالة وفسادها فان شرط صحتها
ثبوت حق للمكفول له عند المكفول والكفيل يدعي فسادها فلا يلتفت الى قوله لان القاعدة تقديم مدعي الصحة لكن مع يمينه لا يقال يكفي في
صحتها مجرد الدعوى وان لم يكن الحق ثابتا وانكار الكفيل الحق لا يرفع الدعوى فلا يقتضي بطلان الكفالة لانا نقول انكاره لنفس الدين مع اعترافه
بالدعوى لا يؤثر في سقوط حق الاحضار عنه فلا معنى لانكاره لان غرضه ابطال الكفالة ليسقط عن نفسه وجوب الاحضار واعترافه بمجرد
الدعوى كاف في وجوبه والغرض من المسئلة انكاره حقا يجوز الكفالة فيكفي فيه احد الامرين وما تضمنته والحق المنفي في العبارة نكرة
يفيد عموم الحق فيشمل الدعوى وعلى هذا فاذا احلف المكفول له وتعين على الكفيل احضار الغريم فهل يجب عليه اداء المال من غير بينة
احتمال والاقرب عدم الوجوب لان الكفالة انما يستدعي ثبوت الحق لا المال نعم لو اقام المدعي البينة بالحق والغرم الكفيل لم يرجع به على المكفول
لاعترافه ببراءة ذمته وانه مظلوم وان كان المراد الثاني وهو نفي الحق عن المكفول الان وان مرجع قوله الى سقوط الكفالة عنه الان وان كانت
قد لزمت ابتداء فالقول قول المكفول له ايضا لاصالة بقاء الحق وسيأتي بقية حكمه قوله اذا تكفل رجلان برجل فسلمه احدهما لم
يبرأ الاخر ولو قيل بالبراءة كان حسنا ما حسنه المصرة حسن لان المقصود تسليمه له وقد حصل حتى لو سلم نفسه او سلمه اجنبي برئ
الكفيل لحصول الغرض فاذا سلمه احد الكفيلين اولى وهل يشترط مع ذلك تسليمه عنه وعن شريكه ام يكفي الاطلاق قبل تسليمه عن نفسه
وجهان ياتي مثلها فيما لو سلم نفسه او سلمه اجنبي ومثله ياتي في وجوب قبول المكفول له قبضه ممن لم تسلم اذ لا يجب عليه قبول
الحق ممن ليس عليه لو بذله ومن حصول الغرض وهو التسليم وظاهر العلامة في التذكرة وجماعة الاجتزاء به مطلقا وهو متجه والقول
بعدم البراءة للشيخ محتجا بتغاير الحقين ولانه لا دليل عليه وهو ضعيف وتظهر الفايدة لو هرب بعد تسليم الاول قوله ولو تكفل
لرجلين برجل ثم سلمه لاحدهما لم يبرأ من الاخر الفرق بينه وبين السابق واضح فان العقد هنا مع الاثنين بمنزلة عقدين فهو كما لو تكفل
لكل واحد منهما على انفراده وكما لو ضمن دينين لشخصين فادى دين احدهما فانه لا يبرأ من دين الاخر بخلاف السابق فان الغرض من
كفالتهما معًا احضاره فقد حصل قوله اذا مات المكفول برئ الكفيل اما براءته بموته فلان متعلق الكفالة النفس وقد فاتت بالموت
ولان المتبادر من الكفالة انما هو الاحضار في حال الحيوة فيحمل الاطلاق عليه ويمكن الفرق بين ان يكون قد قال في عقد الكفالة كفلت
حضور بدنه او حضور نفسه او حضوره فيجب في الاول احضاره ميتا ان طلب منه والا فلا وينبني الباقي على ان الانسان ما هو فان كان
الهيكل المحسوس فكذلك والا فلا الا ان هذا يضعف بانتفاء الفائدة في احضار الميت هذا كله اذا لم يكن الغرض الشهادة على موته
والا وجب احضاره ميتا مطلقا حيث يمكن الشهادة عليه بان لا يكون قد تغير بحيث لا يعرف ولا فرق في ذلك بين كونه قد دفن
وعدمه لان ذلك مستثنى من تحريم نبشه قوله وكذا لو جاء المكفول وسلم نفسه اي سلم نفسه للمكفول له تسليما تاما فان الكفيل يبرأ
بذلك لحصول الغرض وهو رده الى المكفول له فلا فرق بين وصوله اليه بالكفيل وغيره وقيده في التذكرة بما اذا سلم نفسه عن
جهة الكفيل ثم بل لانه لم يسلمه اليه ولا احد من جهته والمحقق في مواضع اخر نفى البراءة كما هنا وهو اجود ولو سلمه اجنبي عن الكفيل
فكذلك ولو لم يكن عنه فالوجهان الا انه في التذكرة جزم هنا بالتفصيل وظاهره انه لا يجب على المكفول له قبوله الا ان يكون التسليم
صادرا عن ذمة الكفيل محتجا بعدم وجوب قبض الحق الا ممن عليه لكن لو قيل ببرئ الكفيل وفي هذه الفروع نظر والاطلاق اقتضته

وجماعة

وجماعة يقتضي عدم الفرق ولعله اوجه وكلام التذكرة مختلف وسياقه يقتضي التفريع عند الشافعية وانه لا يرتضيه الا ان عبارته في
تحتمله قوله لو قال الكفيل ابرأت الخ انما كان القول قول المكفول له لاصالة بقاء الحق مع اعتراف الكفيل بثبوته ابتداء لاقتضاء دعوى
الابراء ذلك ثم اما ان يحلفه المكفول له على بقاء الحق او يرد اليمين على الكفيل فان حلف برئ من دعوى الكفيل ويثبت الكفالة ثم اذا
جاء بالمكفول فادعى البراءة ايضا لم يكتف باليمين التي حلفها المكفول له للكفيل بل عليه له يمين اخرى لان هذه الدعوى
مستقلة مغايرة لتلك فان دعوى الكفيل انما كانت لبراءة نفسه وان لزمها بالعرض دعوى براءة المكفول وان لم يحلف ورد اليمين على
الكفيل وهو القسم الذي ذكره المصرة فحلف الكفيل برئ من الكفالة ولا يبرأ المكفول من المال لما ذكرناه من اختلاف الدعويين ولان
الانسان لا يبرأ من الحق بيمين غيره نعم اذا احلف المكفول اليمين المردودة برئا معا وان كان قد حلف المستحق اولا للكفيل على عدم
الابراء لسقوط الحق بيمين المكفول فيسقط الكفالة كما لو ادى الحق وكذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول فحلف هو برئا معا قوله
لو كفل الكفيل اخر وترامت الكفالة جاز لما كان ضابط جواز الكفالة ثبوت حق على المكفول يمكن فالاصح كفالة الكفيل من كفيل ثانيا
لان الكفيل الاول عليه حق للمكفول له وهو احضار المكفول الاول وهكذا القول في كفالة كفيل الكفيل وهكذا وهو معنى الترامي ثم يختلف
حكم الاحضار منهم فانه متى احضر الكفيل الاخير مكفوله برئ من الكفالة خاصة وبقي على مكفوله احضار من كفله وهكذا ولو احضر الكفيل
الاول مكفوله برئ الجميع لانهم فرعه ولو احضر الكفيل الثاني الكفيل الاول برئ هو ومن بعده من الكفلاء ولو ابرأ المكفول له
الاول غريمه المكفول الاول وهو الاصيل برئوا اجمع لزوال الكفالة بسقوط الحق ولو ابرأ غيره من كفالته اي اسقط عنه حق الكفالة برئ
من بعده دون من قبله ومتى مات واحد منهم برئ من كان فرعا له فبموت من عليه الحق يبرأ جميعا وبموت الكفيل الاول يبرأ
من بعده وبموت الثاني يبرأ الثالث ومن بعده دون من قبله وهكذا موت الثالث يبرأ من بعده ولا يبرأ الاولان وقد تقدم في الضمان
والحوالة تعدد الترامي والدور فيهما اما الكفالة فلا يصح دورها وان صح ترامیها لان حضور المكفول الاول يوجب براءة من كفله في
تعدده فلا معنى لمطالبته باحضار من كفله قوله لا تصح كفالة المكاتب على تردد القايل بعدم صحة كفالة احد للمكاتب الشيخ بناء
على اصله المتكرر من جواز الكتابة المشروطة من قبله فلا يتعين عليه اداء مال الكتابة فلا تصح كفالته لان الغرض منها حضوره
لاداء ما عليه وقد تقدم ما يدل على الصحة ويريد هنا انه اما عبد او مديون وكلاهما يجوز الكفالة ويوجب الاحضار وقد عرفت
ان الخلاف في المشروطة خاصة وان اطلق في جميع المواضع قوله ولو تكفل برأسه او بدنه الى قوله الى الجملة الاصل في الكفالة ان
يتعلق بذات المكفول بان يقول كفلت لك فلانا او انا كفيل به او باحضاره لان الغرض الذاتي منها احضاره بحيث يطلبه المكفول
له وفي حكم ذاته نفسه او بدنه لانهما بمعنى واحد في العرف العام وان اختلفت في الحقيقة تحقيقا واما الوجه والرأس فالمراد منهما
بحسب الوضع المخصوص منه الا انهما قد يطلقان عرفا على الجملة فيقال سقى رأسه ووجهه ونحو ذلك فيراد ذاته وجملته وقد
اطلق المصرة الحكم بصحة الكفالة حيث تعلقت بهما حملا على المتعارف والحق بهما العلامة الكبد والقلب وكل عضو لا تبقى الحيوة بدونه
والجزء الشايع فيه كثلثه وربعه لانه لا يمكن احضار المكفول الا باحضاره كله وفي الكل نظر اما الاول فلان العضوين المذكورين وان
كان قد يطلقان على الجملة الا ان اطلاقهما على انفسهما خاصة ايضا شايع متعارف ان لم يكن اشهر وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على
الوجه المصحح مع الشك في حصول الشرط واصالة البراءة من لوازم العقد غير واضح نعم لو صرح بارادة الجملة من الجزئين اتجهت الصحة
كارادة احد معنيي المشترك كما انه لو قصد الجزء بعينه لم يكن الحكم كالجملة قطعا بل كالجزء الذي لا يمكن الحيوة بدونه وبالجملة
فالكلام عند الاطلاق وعدم قرينة تدل على احدهما فعند ذلك لا يصح تعليل الصحة بانه قد يعبر في ذلك بالجملة واما الثاني وهو
الاجزاء التي لا تعيش بدونها وما في حكمها فلان احضاره وان كان لغيره يمكن بدونها الا ان ذلك لا يقتضي صحة العقد لان المطلوب

الجزء

الكفالة هو المجموع او ما يطلق عليه كما في السابق على تقدير ثبوته اما اذا تعلق ببعضه فلا دليل على صحته وان توقف احضار الجزء
المكفول على الباقي لان الكلام ليس في مجرد احضاره بل في احضاره على وجه الكفالة الصحيحة فوجوب احضار ما لا يتعلق به
الكفالة مترتب على صحة كفالة الجزء الذي تعلقت به وذلك الجزء ليس هو المكفول شرعا بل الجملة فلا يتم التعليل ولا اثبات الاحكام
الشرعية المتلقاة من الشرع بمثل هذه المناسبات ولو جاز اطلاق هذه الاجزاء على الجملة مجازا لم يكن ذلك كافيا لكونه غير متعارف
مع ان في المتعارف ما قد سمعت وح فالقول بعدم الصحة اوضح واما الجزء الذي يبقى الحيوة بعدم زواله ولا يطلق عليه اسم الجملة
كاليد والرجل فعدم الصحة فيه اشد وضوحا كما جزم به المقررة واستشكل فيه في القواعد مما ذكر من عدم امكان احضاره
على حالته بدون الجملة فكان كالراس والقلب ولا يبعد القول بالصحة فيه لمن يقول بها فيما سبق وان كان فيه اضعف

كتاب الصلح قوله

وهو عقد شرع لقطع التجاذب الاصل في شرعية الصلح انه موضوع لقطع التجاذب والتنازع بين المتخاصمين قال الله تعالى
وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا وقال الله تع وان طائفتان من المؤمنين
اقتتلوا فاصلحوا بينهما لكنه عندنا قد صار عقدا مستقلا بنفسه لا يتوقف على سبق خصومة بل لو وقع ابتداء على عين بعوض
معلوم كان كالبيع في افادة نقل الملك وعلى منفعة كان كالاجارة الى غير ذلك من احكامه لاطلاق النصوص بجوازه من غير تقييد
بالخصومة كقول النبي صلى الله عليه وآله الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقول الصادق عليه السلم
الصلح جائز بين الناس والاصل في العقود الصحة والامر بالوفاء بها وهذا من الجملة فان قيل مقتضى قول المقررة كغيره انه شرع
لقطع التجاذب اشتراطه بسبق الخصومة كما يقوله بعض العامة لان القاطع للتجاذب مسبوق به قلنا لا يلزم من كون اصل شرعيته
لذلك ثبوته في كل فرد من افراده كما اشرنا اليه سابقا من ان القواعد الحكمية لا يجب اطرادها في كل فرد كالقصر في السفر فان الاصل
فيه وجود المشقة بدونه فيثبت مع عدمها في كثير من افراده خصوصا مع وجود النصوص المتناولة باطلاقها او عمومها لما لا
نزاع فيه فان قيل السفر المسافة مظنة المشقة والقصر تابع له بخلاف الصلح فانه لم يعلق على ما هو مظنة التجاذب بل جرى
فيما لا تعلق له بالمنازعة اصلا قلنا الموجب لاثبات الصلح وشرعيته امران كما عرفت سابقا احدهما يدل على انه موضوع
لقطع التنازع من غير ان يدل على انحصاره فيه والآخر يدل باطلاقه على جوازه مطلقا فيجوز ح ان يكون اصل شرعيته لقطع
التنازع مع عدم انحصاره فيه لما دل عليه باقي الادلة فيجمع الامرين ان الاصل فيه ذلك الحكم لكنه تعدى الى غيره بالدليل
كما ان الاصل في القصر كان السفر والخوف معا تحقيقا على المكلف كما دلت عليه الآية ثم تعدى الى ما لا خوف فيه ولا مشقة
بل الى ما لا سفر فيه ايضا على بعض الوجوه كالمقاتل والغريق ونحوهما وكالفسخ بالعيب الذي هو نقصان في الخلقة لانه مظنة
نقصان القيمة ثم عدى الى ما لا نقصان معه بل الى ما فيه زيادة كالخصي الى غير ذلك من الاحكام وبالجملة فالمرجع في اثبات الحكم
الشرعي الى الدليل الدال عليه لا الى الحكمة التي شرع لاجلها وهو اتم من موضع النزاع قوله وليس فرعا على غيره ولو افاد فائدته
نبه بذلك على خلاف الشيخ ره في ط حيث قال انه فرع على عقود خمسة وهو مذهب الشافعي فجعله فرع البيع اذا افاد نقل
الملك بعوض معلوم وفرع الاجارة اذا وقع على منفعة مقدرة بمدة معلومة بعوض معلوم وفرع الهبة اذا تضمن ملك العين
بغير عوض وفرع العارية اذا تضمن اباحة منفعة بغير عوض وفرع الابراء اذا تضمن اسقاط دين او بعضه ونبه بقوله وان
افاد فائدته على ان افادة عقد فائدة عقد آخر لا يقتضي كونه من افراده مع دلالة الدليل على استقلاله بنفسه كغيره من العقود
فان المقررة هو عقد لا نم لدخوله في عموم الامر وعلى قول الشيخ ره يلحقه حكم ما الحق به من العقود وذلك اللزوم الذي الحق به

فلا يبيع

قوله يصح مع الاقرار والانكار هذا عندنا موضع وفاق لاطلاق النصوص الدالة عليه ونبه بذلك على خلاف الشافعي حيث منعه
من الانكار نظرا الى انه عاوض على ما لم يثبت له فلم يصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ونحن نمنع بطلان المعاوضة على ما لم يثبت بالصلح
فانه عين المتنازع والفرق بينه وبين البيع ظاهر فان ذلك تصرف في مال الغير بغير اذنه بخلافه هنا ولان مبنى شرعيته عندنا وعنده
على قطع التنازع وهو شامل للحالين وصورة الصلح مع الاقرار ظاهر واما مع الانكار فبان يدعي شخص على غيره دينا او عينا فينكر المدعى
عليه فيصالح على مال آخر او على بعض المدعى به او على غير ذلك من منفعة وغيرها والمراد بصحة الصلح مع الانكار صحته بحسب الظاهر لا
بحسب نفس الامر فلا يستبيح كل منهما ما وصل اليه بالصلح وهو غير محق فاذا انكر المدعى عليه المدعى به ظاهرا وصولح على تركها عليه
في الواقع او ببعض العين او بمال آخر لم يستبح المنكر ما بقي له لغير مال المدعي عينا ودينا حتى لو كان قد صالح عن العين بمال آخر فهي
باجمعها في يده مغصوبة ولا يستثنى له منها عيدان ما دفع لعدم صحة المعاوضة في نفس الامر وكذا لو انكر وكان المدعي مبطلا في
نفس الامر لم يستبح ما صولح به من عين ودين وانما حكمهم بالصحة بحسب ظاهر الشرع لاشتباه المحق من المبطل لان هذا كله اكل مال
بالباطل ولو تنما صالح المحق المبطل بقطع الدعوى الكاذبة وقد يكون استدفع بالصلح ضررا عن نفسه او ماله ومثل هذا لا يعد تراضيا يبيح
مال الغير نعم لو كانت الدعوى مستندة الى قرينة تجوزها كما لو وجد المدعي بخط مورثه ان له حقا على احد او شهد له من لا يثبت بشهادته
الحق ولم يكن المدعي عالما بالحال وتوجهت له اليمين على المنكر فصالحه على اسقاطها بمال او على قطع المنازعة فالمتجه صحة الصلح
في نفس الامر لان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطها ومثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمة حيث يتوجه اليمين على المنكر ولا يمكن
ردها قوله الا ما احل حراما او حلل حرم حلالا هذا لفظ الحديث النبوي صلى الله عليه وآله وفسر تحليل الحرام بالصلح على استرقاق
حر او استباحة بضع لا سبب لاباحته غيره او ليشرب احدهما الخمر ونحو ذلك وتحريم الحلال بان لا يطأ احدهما حليلته او لا ينتفع
بماله ونحو ذلك والاستثناء على هذا متصل لان الصلح على مثل هذه باطل ظاهرا وباطنا وفسر بصلح المنكر على بعض المدعى او
منفعته او بدله مع كون احدهما عالما ببطلان الدعوى كما سبق تحريره والاستثناء عليه يكون منقطعا للحكم بصحته ظاهرا وانما
هو فاسد في نفس الامر والحكم بالصحة والبطلان انما يطلق على ما هو الظاهر ويمكن كونه متصلا نظرا الى بطلانه في نفس الامر وهذا
المثال تصلح لان يكون مثالا فانه محلل للحرام بالنسبة الى الكاذب ومحرم للحلال بالنسبة الى المحق قوله وكذا يصح مع علم المصطلحين بما
وقعت المنازعة فيه ومع جهالتهما به دينا كان او عينا الحكم مع علمهما به واضح من حيث صحة العقد لارتفاع الجهالة ويبقى في المبطل
بمنازعته ما سلف واما مع جهلهما بقدره بحيث تعذر عليهما علمه فعندنا انه جائز ايضا وهو مروي في الصحيح عن الباقر والصادق
عليهما السلام انهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد
منهما لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي فقال لا باس بذلك ولان الحاجة تمس الى تحصيل البراءة مع الجهل ولا وجه الا الصلح ولو
كان احدهما عالما به دون الآخر فان كان الجاهل المستحق لم يصح الصلح في نفس الامر الا ان يعلمه بالقدر او يكون المصالح به قدر حقه
مع كونه غير متعين ومع ذلك فالعبرة بوصول الحق لا بالصلح وقد روى ابن حمزة عن ابي الحسن ع في يهودي او نصراني كان له عند السائل
اربعة الاف درهم ومات اصالح ورثته ولا اعلمهم كم كان قال لا يجوز حتى يخبرهم نعم لو رضي صاحب الحق باطنا بالصلح بذلك القدر
لو علم قدر حقه فح يصح الصلح بحصول الرضا الباطني قطع به في التذكرة ولو انعكس الفرض بان كان المستحق عالما بالقدر والغريم جاهلا
ويريد التخلص منه لم يصح الصلح بزيادة عن الحق بل بقدره فما دون عكس الاول واعلم ان تقييد الاقسام بكون المصالح عليه متنازعا
فيه غير لازم بل الحكم آت في مطلق التصالح ولو لم يكن عن منازعة مع علمهما بما تقع الصلح عليه وجهلهما به كوارث تعذر علمه بقدر
حصته وشريك امتزج ماله بمال الآخر بحيث لا يتميز ولا يعلمان قدر ما لكل منهما ونحو ذلك ولو علم احدهما وجب اعلام الآخر وايصال

زد والله نظر اختيار الا ... ظاهرا ...

حقه اليه كما قررناه ولو كان جهلهما بقدره لتعذر المكيال والميزان ومست الحاجة الى نقل الملك فالاقرب جوازه وهو خيرة الدروس قوله وهو لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه هذا مبني على ما سلف من كونه اصلا بنفسه فيكون لازما لعموم الامر بالايفاء بالعقود المقتضي للزوم الا ما اخرجه دليل خارجي بحث على قول الشيخ ره انه جائز في بعض موارده كما اذا كان فرع العارية او الهبة على بعض الوجوه او السكنى كذلك كما اذا لم يقيد بوقت وبالجملة فانه عنده يلحقه حكم ما افاد فائدته من تلك العقود قوله الا ان يتفقا على فسخه بمعنى دخول الاقالة فيه كما يدخل في البيع فاذا اتفقا على التقايل ولو قفا صيغته انفسخ فاطلاق استثناء اتفاقهما على فسخه من لزومه محمول على ما ذكرناه لانهما اذا اتفقا عليه صار العقد جائزا في قوته حيث ان امره بيدهما كما ان البيع اللازم لا يطلق عليه اسم الجواز باتفاقهما على التقايل قوله ولذا اصطلح الشريكان الخ هذا اذا كان عند انتهاء الشركة وارادة فسخها ليكون الزيادة مع من هي بمنزلة الهبة والخسران على من هو عليه بمنزلة الابراء اما قبله فلا لمنافاته وضع الشركة شرعا والمستند صحيحة ابي الصباح عن الصادق عليه السلم في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه وكان من المال دين وعين فقال احدهما لصاحبه اعطني راس المال والربح لك وما توى عليك فقال لا باس اذا اشترط وهذا الخبر شرط بما شرطناه من كون الشرط عند الانتهاء لا كما اطلق المصنف قوله ولو كان معهما درهمان الخ المراد بكونهما معهما كونهما تحت يدهما التساوي في الدعوى فلو كانا في يد مدعي الدرهمين لتقدم قوله فيهما بيمينه ولو كانا في يد مدعي الدرهم تقدم فيه بيمينه واما اذا كانا تحت ايديهما فانه يقضى لمدعيهما بدرهم لعدم منازعة الاخر فيه ويتساويان في الدرهم الاخر لان كل واحد منهما صاحب يد ودعوى لجميعه فيقسم بينهما والمستند في مع ذلك رواية عبد الله بن المغيرة عن غير واحد عن الصادق عليه السلام قال في الدروس ويشكل اذا ادعى الثاني النصف مشاعا فانه يقوى القسمة نصفين ويحلف الثاني للاول وكذا في كل مشاع قال ولم يذكر الاصحاب هنا يمينا وذكروها اي المسئلة في باب الصلح فجاز ان يكون ذلك الصلح قهريا وجاز ان يكون اختياريا فان امتنعا فاليمين مع ان العلامة انه قال في التذكرة والاقرب انه لا بد من اليمين فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الاخر الذي تصادمت دعواهما فيه وهو ما في يده فمن نكل منهما قضي به للاخر ولو نكلا معا او حلفا معا قسم بينهما نصفين وما قربه حسن لعموم واليمين على من انكر قوله وكذا لو اودعه انسان درهمين و اخر درهما وامتزج الجميع ثم تلف درهم اي تلف بغير تفريط لينحصر حقهما في الدرهمين والحاق هذه بالسابقة هو المشهور بين الاصحاب ومستنده رواية السكوني عن الصادق عليه ويشكل الحكم مع ضعف المستند بان التالف لا يحتمل كونه منهما بل من احدهما خاصة لامتناع الاشاعة هنا والموافق للقواعد الشرعية هنا القول بالقرعة ومال اليه في الدروس الا انه تحاشى عن مخالفة الاصحاب ومقتضى الرواية انه يقسم كذلك وان لم يتصادم دعواهما في الزيادة وانه لا يمين وكذا لم يذكر الاصحاب هنا يمينا بناء على كون الحكم المذكور قهريا كما ذكر في الدروس في المسئلة السابقة وربما امتنعت اليمين هنا اذا لم يعلم كل منهما بعين حقه ولو كان بدل الدراهم مالا يمتنع اجزاؤه بحيث لا يتميز وهو متساويها كالحنطة والشعير وكان لاحدهما قفيزان مثلا وللاخر قفيز بعد امتزاجها بغير اختيارهما فالتالف على نسبة المالين وكذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلث وللاخر ثلثا قفيز والفرق ان الذاهب هنا عليهما معا بخلاف الدراهم لانه حق لاحدهما خاصة قطعا قوله ولو كان لواحد ثوب الى قوله وللاخر ثلثه هذا الحكم كالسابق مشهور بين الاصحاب ومستنده رواية اسحق بن عمار عن الصادق عليه السلام انه قال في ثوبين احدهما بعشرين والاخر بثلثين فاشتبها بايعاهما فيعطى صاحب الثلثين ثلثة اخماس الثمن والاخر خمسا الثمن وان خير احدهما صاحبه فقد انصفه قوله والمصنف عمل بمقتضى الرواية من غير تصرف ومثله الشيخ وجماعة وفصل العلامة فقال ان امكن بيعهما منفردين وجب ثم ان تساويا فلكل واحد ثمن ثوبه ولا اشكال وان اختلفا فالاكثر لصاحبه وكذا الاقل بناء على الغالب وان امكن خلافه الا انه نادر لا اثر له شرعا وان لم يمكن بيعهما كالمال المشترك شركة اجبارية كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على راس المال

وعليه

وعليه تنزل الرواية ولكن ابن ادريس رد ذلك كله وحكم بالقرعة لانها لكل امر ملتبس وهي هنا حاصل وهو اوجه من الجميع لولا مخالفة المشهور وظاهر النص الخ مع انه قضية في واقعة يمكن قصرها عليها والرجوع الى الاصول الشرعية وما ذكروه المقربة من البناء على الغالب ليس اولى من القرعة لانها دليل شرعي على هذه الموارد ومن الجائز اختلاف الاثمان والقيم بالزيادة والنقصان لاختلاف الناس في المساهلة والمماكسة وعلى تقدير العمل بالرواية يقتصر حكمها على موردها فلا يتعدى الى الثياب المتعددة ولا الى غيرها من الامتعة والاثمان مع احتماله لتساوي الطريق واستقرب في الدروس القرعة في غير مورد النص وهو حسن ولو قيل به فيه كما اختاره ابن ادريس كان حسنا ايضا قوله واذا بان احد العوضين مستحقا بطل الصلح المراد به المعين في العقد لانه المتبادر من العوض في المعاملة فلو كان مطلقا رجع ببدله كالبيع ولو ظهر فيه عيب فله الفسخ وفي تخييره بينه وبين الارش وجه ولو ظهر غبن لا يتسامح بمثله ففي ثبوت الخيار وجهان اجودهما ذلك دفعا للاضرار وان لم نحكم بالفرعية وهو خيرة الدروس وقد تقدم في خيار الغبن في البيع انه لا نص عليه بالخصوص فيمكن استفادته هنا كما استفيد هناك من الادلة العامة قوله ويصح الصلح على عين الخ حيث كان الصلح يفيد فائدة العقود المتعددة وتعدى بعضها العين وبعضها المنفعة لم يمنع من صحة ما ذكره هنا ولا يختص جوازه بما ذكر بل لو صالحه على مثل اسقاط خيار او على حق اولوية في تحجير وسوق ومسجد صح ايضا للعموم قوله ولو صالحه على دراهم بدنانير الى قوله على الاشبه الخلاف في ذلك مع الشيخ ره حيث جعله فرعا على البيع في نقل الاعيان بعوض فيلحقه حكمه فلو كان العوضان من الاثمان لحقه حكم الصرف من اشتراط التقابض في المجلس ولما كان الاصح استقلاله بنفسه لم يترتب عليه حكم الصرف به هنا من حيث الصرف اما من حيث الربا فالاقوى ثبوته في كل معاوضة والصلح احدها فلا بد من استثنائه من قوله على دراهم بدراهم قوله ولو اتلف على رجل ان هذا انما يتم على القول بضمان القيمي بمثله ليكون الثابت في الذمة ثوبا ويكون هو متعلق الصلح اما على القول الاصح من ضمانه بقيمته فلا لان اللازم لذمة المتلف انما هو الدرهم فيستلزم الصلح عليه بالزيادة عين الربا فيبطل وهو الاقوى قوله فلو ادعى دارا الى قوله والاول اشبه الخلاف هنا مع الشيخ كما تقدم حيث جعله مع كونه متعلقه المنفعة بغير عوض فرع العارية فيلزمه حكمها من جواز الرجوع فيه والاقوى عدمه للزومه واصالته وانما قيد المصنف بالانكار من هي في يده مع جواز الصلح مع الاقرار والانكار ليتصور كون الصلح المذكور عارية عند الشيخ لانه اباحة منفعة بغير عوض اما لو اقر بها فان الصلح وان جاز الا ان المنفعة تقابلها وهو اليمين فلا يتحقق العارية مع ان الشافعي لما شرط في صحة الصلح الاقرار جعله فرعا على العقود الخمسة مثل العارية بما ذكر هنا مع كون المدعى عليه مقرا بها ووجهه ان العوضين من واحد فكان الحكم راجعا الى العارية قوله ولو ادعى اثنان دارا الى قوله في حقه خاصة اذا اتفق المدعيان على كون سبب ملكهما مقتضيا للشركة فاقرار المتشبث لاحدهما يقتضي لتشاركهما فيما اقر به وان لم يصدقهما على السبب الذي ادعياه لان مقتضى السبب كالميراث ذلك لاتفاقهما على ان البعض كالكل يستوي ملكهما فيه فيمتنع حينئذ المقر له النصف دون الاخر كما ان الفائت يكون ذاهبا عليهما بمقتضى اقرارهما والحاصل ان اشتراكهما في المقر به ثبت من جهة اعترافهما بما يوجب الشركة لا من جهة الاقرار فلا يؤثر فيه تخصيص المقر احدهما بالملك مع فاذا صالح المقر له المتشبث على النصف المقر به فان كان الصلح باذن شريكه صح في جميعه بجميع العوض والا ففي حصة المصالح خاصة من العوض بنسبتها وبقي باقي النصف ملكا للشريك الاخر قوله اما لو ادعى كل واحد منهما النصف من غير سبب موجب للشركة لم يشتركا فيما يقر به لاحدهما كما ادعى احدهما النصف بسبب الارث مثلا والاخر بالشراء فان ملك احدهما لا يستلزم ملك الاخر فلا يقتضي الاقرار لاحدهما بما يدعيه مشاركة الاخر اياه ومثله لو ادعى كل منهما انه اشترى النصف من غير تقييد بالمعية ثم لو قالا اشتريناها معا او اتهبناها وقبضنا معا ونحو ذلك فتقرب في التذكرة ان الحكم فيه كالاول لاعتراف المقر له بان السبب المقتضي لتملكه قد اقتضى تملك الاخر ويحتمل العدم لان نقل الملك

لايتبين بهذا الوجه بمنزلة الصنفتين هذا تقرير ما ذكره المقررة وجماعة في التعيين وفيه بحث لان هذا لايتم الا على التولية بل
البيع والصلح على الاشاعة كالاقرار وهم لايقولون لابه بل يحملون اطلاقه على ملك البايع والمصالح حتى لو باع ابتدا مالك النصف
نصف العين مطلقا انصرف الى نصيبه ووجّهوه بان اللفظ من حيث هو وان تساوت نسبته الى النصيبين الا انه خارج قد
يرجح انصرافه الى النصف المملوك للبايع نظرا الى ان اطلاق البيع انما يحمل على المتعارف في الاستعمال وهو البيع الذي يترتب عليه
انتقال الملك بفعل المتعاقدين ولا يجري ذلك الا في المملوك بخلاف الاقرار فانه اخبار عن ملك الغير بشيء فيستوي فيه ما هو
ملكه وملك غيره وحينئذ فاللازم هنا ان ينصرف الصلح الى نصيب المقر له خاصة فيصح في جميع الحصة بجميع العوض ويبقى المنازعة
بين الاخر والمتشبث هذا ان وقع الصلح على النصف مطلقا والنصف الذي هو ملك المقر له اما لو وقع على النصف الذي اقر به
المتشبث توجه قول الجماعة لان الاقرار منزل على الاشاعة والصلح وقع على المقر به فيكون تابعا له فيهما وعلى هذا ينبغي حمل
كلامهم لئلا ينافي ما ذكروه من القاعدة التي ذكرناها هاهنا وهذا توجيه حسن لم ينبهوا عليه وانما ذكر الشهيد في بعض تحقيقاته احتمال
انصراف الصلح الى حصة المقر له من غير مشاركة الاخر مطلقا وتبعه عليه الشيخ علي ره وربما فرق في المسئلة الارث بين كون الصلح
قبل قبض التركة وبعده لان الحاصل منها قبل القبض هو المحسوب تركه بالنسبة الى الورثة والتالف لا يحسب عليهم وكانه لم يكن
لامتناع الوصول اليه كتلفه في هذا الحكم وهذا الفرق انما يتم فيما لو قبض احد الوارثين شيئا من اعيان التركة او باعه اما
الصلح فيبنى على ما لو صالح احد الشريكين في الدين على حقه فيه هل يختص بالعوض ام لا والظاهر الاختصاص لان الذاهب لا
يخرج عن كونه حقا له والصلح لم يقع على غير خاصة حتى يشتركا في عوضها انما وقع على حقه وهو امر يمكن نقله بعوض وغير عوض
فالبحث السابق آت في مسئلة الارث قبل القبض وبعده ومما ذكرناه يعلم حكم الدين المذكور الذي قد صالح على بعضه لو كان دينا فان
قبض عوض الصلح يكون كقبض احد الشريكين في الدين حصته بالصلح وقد تقدم الكلام فيه في باب القرض ويأتي فيه في كتاب
الشركة مزيد بحث قوله ولو ادعى عليه فانكر الخ القول بالمنع للشيخ محتجا بجهالة الماء والجواز اقوى مع ضبطه بمدة معلومة
ومثله ما لو كان الماء معوضا مع ان الشيخ جوز بيع الماء العين والبئر وبيع جزء مشاع منه وجوز جعله عوضا للصلح ويمكن ان يكون
منعه من الصلح على السقي المذكور مطلقا كما يدل عليه الاطلاق والحال فيه مجهول لا يدخل في احد الاقسام لانه لم يستحق جميع الماء
ولا بعضا منه معينا انما استحق سقيا لا يعرف قدره ولا مدة انتهائه ومن ثم شرطنا في الجواز ضبط المدة وهو لم يصرح بالمنع
ح ولو تعلق الصلح بسقيه دايما لم يبعد الصحة لان جهالة مثل ذلك يتسامح فيها في باب الصلح قوله اما لو صالحه على اجراء الماء
الخ المراد بعلم الموضع الذي يجري منه ان يقدر مجراه طولا وعرضا ليرتفع الجهالة عن المحل المصالح عليه ولا يعتبر تعيين العمق لان من
ملك شيئا ملك قراره الى تخوم الارض ولا فرق في صحة ذلك بين جعله عوضا بعد المنازعة وايقاعه ابتداء وقد اطلق العلامة
وغيره حكم الماء من غيره يشترط مشاهدته ليرتفع الغرر ولا بأس باعتباره لاختلاف الاغراض بقلته وكثرته ولو كان ماء مطر
اختلف بكبر محله وصغره فمعرفته يكون بمعرفة محله وحيث يقع السطح او يحتاج الساقية الى اصلاح وجب على المالك الاصلاح
لتوقف الحق عليه وليس على المصالح مساعدته قوله ولو قال المدعى عليه صالحني عليه لم يكن اقرارا لانه قد يصح مع الانكار
اشار بالتعليل الى الرد على بعض العامة حيث زعم ان الصلح لا يصح الا مع الاقرار وفرع عليه ان المدعى عليه قبل الاقرار لو
قال صالحني على العين التي ادعيتها يكون ذلك منه اقرارا لانه طلب منه التمليك وذلك يتضمن الاعتراف بالملك فصار كما لو قال
ملكني ولما كان عندنا الاصل ممنوعا بجواز الصلح مع الاقرار والانكار لم يكن طلبه اقرارا قوله اما لو قال بعني او ملكني كان اقرارا
لانه صريح في التماس التمليك وهو ينافي كونه ملكا لاستحالة تحصيل الحاصل ولا شبهة في كونه اقرارا بعدم ملك المقر وكونه ملكا

لغيره في الجملة

احكام النزاع في الاملاك

لغيره في الجملة اما كونه ملكا لمن طلب منه البيع والتمليك ففيه نظر من كونه اعم من ملكه اذ قد يكون وكيلا واذا احتمل اللفظ الامرين
لم يحصل المقتضي للاقرار الذي كان منتفيا لاصالة عدمه وبالجملة فيرجع الاقرار الى كونه مالكا للبيع لا مالكا للمبيع لانه اخص فلا يدل عليه
العام نعم لو اقترن بذلك كون المطلوب بيعه تحت يد المخاطب ترجح جانب ملكه لدلالة اليد على الملكية والاصل عدم مالك اخر وقرّبه
العلامة في التحرير والشهيد في الدروس وهو اقوى ويتفرع عليه ما لو عاد اقر به لاخر ثبت له ولم يغرم الى الاول اذ لم يحكم له به قوله
يجوز اخراج الرواشن والاجنحة الى الطرق النافذة اذا كانت عالية لا تضر بالمارة الروشن والجناح يشتركان في اخراج خشب من حائط
المالك الى الطريق بحيث لا يصل الى الجدار المقابل ويبنى عليها ولو وصل فهو الساباط وربما فرق بينهما بان الاجنحة ينضم اليها مع ما
ذكر ان يوضع لها اعمدة من الطريق فالمرجع في الضرر وعدمه الى العرف ويعتبر في المارة ما يليق بتلك الطريق عادة فان كانت مما يمر
عليها الفرسان اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدم الرمح على وضعه بالاعادة واعتبر في التذكرة مروره ناصبا رمحه لانه قد يزدحم
الفرسان فيحتاج الى نصب الرماح ونفاه في الدروس لندوره ولامكان اجتماعهم مع امالته على وجه لا يبلغهم وهو اقوى وان كانت
مما يمر فيها الابل اعتبر فيها مروره محملا ومركوبا على ظهره محملا ان امكن مروره مثل ذلك عادة وهكذا يعتبر ما يجري العادة بمروره على
تلك الطريق وتقييده بتضرر المارة يدل بمفهومه على عدم اعتبار تضرر غيرهم كما لو تضرر جاره بالاشراف عليه فانه لا يمنع لاجله
كما لا يمنع لو كان وضعه في ملكه واستلزم الاشراف عليه خلافا للتذكرة حيث الحق الاول بتضرر المارة وفرق بينه وبين وضعه
في ملكه بان الروشن في الطريق مشروط بعدم التضرر لان الهوى ليس ملكه بخلاف الموضوع في ملكه لان للانسان التصرف في
ملكه كيف شاء وان استلزم الاضرار على الجار او الظلمة عليه وانما يمنع من الاشراف لا من التعلية المقتضية لامكانه قال
ولست اعرف في هذه المسئلة بالخصوصية نصا من الخاصة ولا من العامة وانما صرت الى ما قلت عن اجتهاد وفيه نظر لان المعتبر في
الموضوع في الطريق عدم الاضرار باهل الطريق لانه موضوع للاستطراق فيمنع مما ينافيه اما اعتبار عدم الاضرار بغيرهم فلا دليل على
المنع منه بل قد تقدم انه لا يمنع مما يضر بغيرهم ممن يعتاد سلوكه خاصة فضلا عن غير المار والجار خارج عن ذلك كله فلا وجه للمنع مما
يقتضي اضراره كما لو احدث بناء في ملك مباح يقابله واستلزمه الاشراف عليه وكلام العلامة وغيره حيث قيدوا الضرر بالمارة
دليل عليه وانما عمم الضرر في فرعه خاصة قوله ولو عارض فيها مسلم على الاصح نبه بالاصح على خلاف الشيخ حيث شرط
في جواز وضعه عدم معارضة احد من المسلمين لانه حق لجميع المسلمين لانه يمنع بمعارضة واحد منهم له فيه ولانه لو سقط
منه شيء فهلك به بلا خلاف وهو يدل على عدم جوازه الا بشرط الضمان ولانه لا يملك القرار وانما يملك الهوى فلما ملك القرار
انما يملك الهوى للمعارضة وهو مذهب ابي حنيفة ايضا واجيب بان الغرض عدم التضرر به للمارة فالمانع منهم معاند
من غيرهم لا من قوله ولاتفاق الناس عليه في جميع الاعصار والامصار من غير نكير وسقيفة بني ساعدة وبني النجار اشهر
الشمس في رابعة النهار وقد كانتا بالمدينة زمن النبي صلى الله عليه واله ويدخل في عدم اعتبار معارضة المسلم جاره فليس
له منعه ليخرج هو او ليكون الهوى بينهما بل ايهما سبق استحق ولا فرق في اخراج الروشن فيما بقي من الهوى وليس للاول منعه وان استلزم
الاشراف عليه الا على الفرع السابق وكما يجوز للثاني الاخراج فوقه وتحته اذا لم يضر به وحده في العلوان لا يضر بالمار في الاول
ان لم يكن له سقف او على سقفه ان كان ولو اظلم الطريق بوضع الثاني اتيل خاصة وان كان لكل واحد اثر في الظلمة لان
الضرر انما حصل بالباقي وان كان لولا الاول لم يحصل قوله ولو كانت مضرة وجب ازالتها وجوب ازالتها لا يختص بواضعها
وان كان الامر فيه اكد لكونه غاصبا فان ازالتها نوع من انكار المنكر فيجب على كل قادر المعاونة عليه بالقول والفعل ويأثم
[illegible] كما في كل منكر قوله ولو اظلم بها الطريق قيل لا يجب ازالتها القائل بذلك الشيخ ره في ط في موضع

للخلاف ما اذا لم يذهب الضيا بالكلية والا منع اجماعا والضابط فيما عداه حصول الضرر بالمارة ولو لضعيف البصر لان جواز وضعه مشروط
بعدم ضرر المارة وعلى هذا فالمنع انما يتوجه الى اطلاق الشيخ ره عدم تاثير الظلمة لا الى وجودها مطلقا ولا فرق في الضرر بين وقوعه ليلا او
نهارا قوله ويجوز فتح الابواب المتجددة فيها اى في الطرق النافذة لان المسلمين فيها شرع فيجوز احداث الابواب اليها لمجاورها سواء
كان لتلك الدار باب اخر اليها ام الى غيرها من الطرق النافذة لان المسلمين ام المرفوعة ولا يتنع في ذلك صيرورة المرفوعة نافذة
بسبب الباب المفتوح المتصل بالنافذة لان ذلك يوجب نفوذ داره لا نفوذ الطريق اذ ليس لاحد دخول داره الا باذنه فلا يتحقق نفوذ
الطريق قوله اما الطريق المرفوعة اى الطريق المرفوع ملك لاربابه كسائر املاكهم فيكون كالمال المشترك لا يصح لاحد من اربابه التصرف فيه
الا باذن الباقين سواء كان التصرف باحداث الباب او الساباط والرواشن ام غيرها وسواء اضر بهم ام لم يضر وكذا لا يجوز ذلك لغير اربابه
بطريق اولى ونبه بقوله سواء كان مضرا ام لم يكن على خلاف بعض العامة حيث جوز لاهل السكة احداث ذلك اذا لم يضر بالمارة والمراد
بالمرفوعة المسدودة التى لا ينتهي الى طريق اخر ولا مباح الى ملك الغير وارباب بها من له باب نافذ اليها دون من تلاصق داره ويكون
حائطه اليها من غير نفوذ ومما يتبع ملكهم لها جواز سترها عن السكة والانتفاع بها كغيرها من املاكهم مع اتفاقهم على ذلك ولو
اختلفوا لم يكن لمن اراد ذلك وانما يجوز ذلك اذا لم يكن فيها مسجد او رباط او مطهرة موقوفة على العموم قديمة او حديثة فانه
لا يجوز لهم المنع من المرور اليها ولا احداث ساباط ونحوه مما يضر بالمار وان رضي اهل السكة لانها صارت حقا لسائر الناس وفي
حكمه ما لو جعل بعضهم داره احد تلك الامور ومما يدخل في المنع من التصرف في المرفوعة بغير اذن اربابها المرور فيها والوجه فيه ما سلف
في الملك والاقوى الاكتفاء فيه بشاهد الحال فلو منع احدهم حرم اما الجلوس فيها وادخال الدواب اليها ونحو ذلك فلا يجوز الا باذن الجميع
لا ماله حرمة مال الغير بغير اذنه وانتفاء شاهد الحال فيه غالبا نعم لو كان الجلوس خفيفا غير مضر بهم وله شاهد الحال قوله وكذا لو اراد
فتح باب لا يستطرق فيه دفعا للشبهة اى شبهة استحقاقه المرور فيه بعد تطاول الزمان فانه اذا اشتبه حاله شهد باستحقاق
المرور لانه وضع له وبهذا حصل الفرق بين فتح الباب ورفع الحائط جملة فان الثاني جائز دون الاول لان رفع الحائط لا يستلزم استحقاق
المرور بوقت من الاوقات اذ ليس فيه دلالة عليه بخلاف الباب ولا فرق في هذا الحكم بين الذي لا حق له في الطريق المذكورة كالجار
الملاصق بحائطه وبين من له باب فيها اذا اراد احداث باب اخر ادخل من بابه لاشتراكهما في عدم استحقاق المرور في المحل الذي فتح فيه
الباب ويحتمل ضعيفا الجواز لما سياتي قوله ويجوز فتح الروازن والشبابيك لان الانسان مسلط على التصرف في ما ملكه بما شاء
والشبهة المتطرقة من الباب منتفية هنا وكما يجوز فتحها الى الدرب المرفوعة يجوز الى غيرها من الاملاك والاوقاف وان استلزم
الاشراف على الجار لان المحرم هو المتطلع لا التصرف في الملك فيستفيد بذلك الاستضاءة في بيته وليس للجار سد ذلك نعم له وضع
شيء في ملكه يمنع الاشراف وان منع الضوء قوله ومع اذنهم فلا اعتراض لغيرهم اذنهم في ذلك يفيد جواز التصرف كالعارية يجوز
لهم ولكل واحد منهم الرجوع فيها ويبطل بموته وخروجه عن التكليف بجنون او اغماء ونحوهما والمراد بغيرهم من خرج عن استحقاق
الطريق فلا حق لهم فيها وان امكن استطراقهم وتضررهم وليس المراد بغيرهم من يشمل الطبقة الثانية منهم لبطلان الاذن بموتهم كما
ذكرناه قوله ولو صالحهم على احداث روشن قيل يجوز لانه لا يصح افراد الهواء بالبيع وفيه تردد القول للشيخ ره بناء على ما ذكره من
المنع من افراد الهواء بالبيع وفرعية الصلح له في ذلك والمقدمتان ممنوعتان وادلة فرعية الصلح بيناه وله وضعه صالحهم بعوض الى
اهل الدرب المرفوعة وهو يقتضي بالملازمة استحقاق الجميع لذلك وهو مخالف لما سياتي من اختصاص الداخل بما بين البابين و
الذي يلزم من التفريع على ذلك ان الروشن المحدث ان كان خارجا عن جميع الابواب فوضع لهم اجمع وان كان داخلا عن بعضها
لم يتوقف على اذن الخارج وقيل يتوقف على رضا الجميع كما لا دليل للاحتياج اليه عند انه تمام [illegible]

والاول اشهر قوله ولو كان لانسان داران باب كل واحدة الى زقاق غير نافذ جاز ان يفتح بينهما بابا لان له حق السلوك في كل واحدة و
رفع الجدار الحايل بين الدارين وجعلهما واحدة ففتح باب من احديهما الى الاخرى اولى ومنع منه بعض العامة لانه يثبت له حق الاستطراق في
درب مملوكة لدار لا حق لها فيه ولانه ربما ادى الى اثبات الشفعة لو بيعت بعض دور احدى الطريقين بسبب الاشتراك في الطريق
لكل واحد من الدارين في زقاق الاخرى على تقدير القول بثبوتها مع الكثرة والاقوى ان كل دار على ما كانت عليه في استحقاق
الشفعة بالشركة في الطريق ولا يتعدى الى الاخرى وان جاز الاستطراق لان ذلك الفتح لم يوجب حقا للدار في الطريق الاخرى
وانما اباح الانتقال من داره الى داره الاخرى ومتى صار فيها استحق المرور في طريقها تبعا للكون الثاني والدار التى هو
فيها لا للاولى قوله ولو احدث في الطريق المرفوع حدثا جاز ازالته لكل من له عليه استطراق لا فرق في الحدث بين
كونه مضرا وغيره ولا بين كونه في الهواء كالروشن وفي الارض كعمل دكة ووضع خشبة وحجارة ونحو ذلك ولا بين كونه من اهل
تلك الطريق وخارجه لاشتراك الجميع في كون ذلك تصرفا في ملكهم بغير اذنهم فكان لهم ازالته وكذا لا فرق بين وقوعه باذن بعضهم
وعدمه بل لو بقي واحد بغير اذن فله المنع والازالة والكلام في اذن الجميع والبعض بالنسبة الى كون الحدث داخلا او خارجا ما
تقدم قوله ولو كان في زقاق بابان احدهما ادخل من الاخر فصاحب الاول يشارك الاخر في مجازه وينفرد الادخل بما بين البابين
هذا هو المشهور بين الاصحاب ووجهه ان المقتضي لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق ونهايته بابه فلا يشارك في الداخل
وقيل يشترك الجميع في الجميع حتى في الفضلة الداخلة في صدرها لاحتياجهم الى ذلك عند ازدحام الاحمال ووضع الاثقال ولان
اقتصار تصرف الخارج على نفس ما يخرج عن بابه امر بعيد بل متعسر والمتعارف الاحتياج حوله الى جملة من الداخل وان قلت
فالقول بالاقتصار على ما حاذى الباب وما خرج ليس بجيد وقوى من الاشتراك في الجميع قوله ولو كان في زقاق فاضل الى
صدرها وتداعياه فهما فيه سواء لاستوائهم في الارتفاق بها فلا اولوية لواحد على غيره بخلاف ما بين البابين لان ادخلية الباب
يقتضي الاستطراق وهو يختص المستطرق فيتحقق الترجيح ويشكل ذلك على القول باختصاص الداخل بما بين البابين لتوقف
الانتفاع بالفضلة على استحقاق السلوك اليها فاذا لم يكن للخارج حق السلوك لا يترتب على تصرفه الفاسد ثبوت يد على
الداخل ويندفع بان ثبوت ملك شيء لا يتوقف على مسلك له ومع ذلك فيمكن دخول الخارج الى الفضلة بشاهد الحال كدخول
غيره ممن لا حق له في تلك الطريق به فاذا انضم الى ذلك اشتراكهم جميعا في التصرف في الفضلة حكم باشتراكها بينهم ولا يرد مثله في
المسلك بين البابين حيث يجوز للخارج دخوله بذلك لان الداخل له عليه يد بالسلوك المستمر عليه الذي لا يتم الانتفاع
بداره الا به بخلاف الفضلة فان يدهم فيها سواء اذ لا تصرف لهم فيها الا بالارتفاق وهو مشترك ولو قلنا باشتراكهم في جميع
الطريق كما اختاره الشهيد فالحكم في الفضلة اولى قوله ويجوز للداخل ان يقدم بابه الى الخارج وكذا الخارج ولا يجوز للخارج ان
يدخل بابه وكذا الداخل الوجه في ذلك كله ما تقدم من اختصاص كل داخل عن الخارج بما دخل عنه ومشاركته فيما خرج فيجوز
للداخل اخراج بابه لثبوت حق الاستطراق له في جميع الطريق الى بابه فكلما خرج عنه له فيه حق وله حق في التصرف في جداره
برفعه اجمع فبعضه اولى ولا فرق في ذلك بين ان يسد الاول كما يقتضيه ظاهر العبارة ويبقيه ولا يمنع تكثر الابواب بعدم
تفاوت الحال وربما قيل باشتراط سد الاول واما الخارج فلما لم يكن له حق فيما جاز بجانبه الى داخل لم يكن له الدخول الا باذن
الداخل الا على القول السابق وكذا احتمل جواز دخوله وان لم نقل بمشاركته في الداخل نظرا الى انه كان له ذلك في ابتداء وضع
الدار ورفع الحائط اجمع فيستصحب ويضعف بان ذلك المباح انما يقع على الوجه الذي اتفق فانه كان له فتح بابه ابتداء الى اي
الجهات شاء فلما احياه واحله منع من ذلك لسبق من حوله بالاحياء على فتحه ومثله القول في الجزء الداخل من الطريق فانه لو

ونفع بابه خارجة يفع عنه يده واحياؤه وانفرد بها الداخل فنعم واما نفع جميع الحايط فلا يتطرق اليه شبهة بخلاف الباب كما تقدم

قوله ولو صرح بعض اهل الدرب النافذ روشنا لم يكن لمقابله معارضه ولو استوعب عرض الدرب لما كان حق الطريق النافذ غير مختص بذي الدار لم يكن للجار المقابل ولا غيره الاعتراض على واضع الروشن فيه وان استوعب الدرب اذا لم يكن ضارا بالمارة نعم لو وضع منه على جدار المقابل فله المنع منه قوله ولو سقط ذلك الروشن فسبق جاره الى عمل روشن لم يكن للاول منعه لانهما فيه شرع كالسبق الى القعود في المسجد لان الاول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه وانما اكتسب اولوية فاذا زالت كالقعود في المسجد والسوق حتى لو فرض ان الثاني اخرب روشن الاول ووضع روشنه لم يكن للاول ان يزيل الثاني وان كان الثاني قد ضمن ارش الاول واكتسب الاثم لتفويته الاولوية ومثله القول في المشبه به قوله اذا التمس وضع جذعه على حايط جاره لم يجب على الجار اجابته ولو كان بخشبة واحدة ولكن يستحب هنا عندنا موضع وفاق ولقوله صلى الله عليه واله لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفس منه ولقضاء العقل بقبح التصرف في مال الغير نعم يستحب استحبابا موكدا لما روي عنه صلى الله عليه واله من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يمنعن جاره من وضع خشبه على جداره وهو تقتضي ثبوته نزل على الاستحباب المؤكد وذهب بعض العامة الى جعله بغير اذنه عملا بالحديث قوله ولو اذن جاز الرجوع قبل الوضع وبعد الوضع لا يجوز لان الصلح به التابيد والجواز حسن مع الضمان الكلام هنا في مواضع احدها في جواز الرجوع بعد الوضع وقد منع منه الشيخ ومن تبعه لاقتضاء الاذن في مثل ذلك الدوام كالاذن في دفن الميت في الارض وللضرر الحاصل بالنقض حيث يفضي الى خراب ملك المأذون والاقوى الجواز لانه عارية ولان الاصل جواز تصرف المالك في ملكه كيف شاء والحاقه بالدفن قياس مع الفارق لتحريم نبشه دون اخراب البناء الثاني على تقدير الجواز هل ينقض مجانا ام مع الارش وجهان مبناهما على ان الاذن انما افادت العارية و لا نسلم الرجوع مع اصالة براءة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره على تخليص ملكه منه بل اصالة البراءة مطلقا ولانه بناء محترم صدر بالاذن فلا يجوز قلعه الا بعد ضمان نقصه ولان فيه جمعا بين الحقين ولانه سبب الاتلاف لاذنه والمباشر ضعيف لانه بالامر الشرعي وهو اقوى الثالث على تقدير ثبوت الارش فهل هو عوض ما نقصت آلات الواضع بالهدم ام تفاوت ما بين العامر والخراب وجهان مبناهما على ان البناء اذا كان تحتها فهي بهيئته حق لبانيه فيكون جبره بتفاوت ما بين كونه عامرا وخرابا لان ذلك هو نقص المالية ومن ان بعض هذه المالية مستند الى ملك صاحب الجدار فلا يضمنه انما يضمن نقصان مال الغير الذي بسبب الاتلاف وفواته والاول اقوى لان جريمه مال للواضع غايته كونه موضوعا على ملك الغير وذلك الملك انما اثر جواز النقض لا المشاركة في المالية ولو اتفقا على ابقائه بالاجرة فلا اشكال في جوازه قوله اما لو انهدم لم يعد الطرح الا باذن مستانف وفيه قول اخر القول الاخر للشيخ ره في ط وهو انه ان اعاده بالالة الاولى لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف عليه وان اعاد بغيرها كان له منعه والاقوى الاول لان المأذون فيه وهو الوضع قد حصل فلا يجوز بعده الا بجديد الاذن ولانها عارية فيجوز الرجوع فيها وان استلزم الضرر كما مر وهنا اولى لان غايته انه مع الضرر جبر بالارش وهنا لا ضرر فلا ارش وكثير من الاصحاب لم يذكروا هنا خلافا ويمكن ان يكون سببه ان الشيخ ره كان ذكر اولا في الكتاب انه لو انهدم الحايط هدما او هدمه المستعير لم يكن له الاعادة الا باذن مستانف ولم يتردد في ذلك فاطرحوا قوله الاخر وهو قول بعض الشافعية كان القول الاخر لهم فجمع الشيخ بين الحكمين المختلفين عن قرب قوله ولو صالحه على الوضع ابتداء جاز بعد ان يذكر عدد الخشب ووزنها وطولها انما اعتبر ذكر الطول مع الوزن لاختلاف ضرر الحايط به باختلافه في الطول وان اتفق وزنه والضابط ذكر ما يرفع الجهالة ولا بد مع ذلك من من ذكر المدة المضبوطة ولو كانت الالات مشاهدة استغنى عن اعتبارها بذلك واكتفى بتعيين المدة وصرح بقوله ابتداء تمالى

وقع

وقع الصلح بعد البناء فانه لا يعتبر ح الا تعيين المدة لصيرورة الباقي معلوما بخلاف ما اذا لم يبين لتفاوت الضرر ولا ضابط يرجع اليه عند الاطلاق وهذا في الخشب اما الآجر واللبن في الحايط فيكفي فيهما العادة نعم لو كان الصلح على البناء على حايطه زيادة عليه افتقر الى ذكر الطول وسمك اللبن لاختلاف ضرره باختلافهما هذا كله في الوضع على حايط مملوك للغير اما لو كان موقوفا على مصالح عامة بحيث لا يكون له مالك على الخصوص كالمسجد وشبهه لم يجز لاحد البناء عليه ولا الوضع بغير اذن الحاكم قطعا وليس له الاذن بغير عوض وفي جوازه به ولا ضرر على الموقوف نظرا الى المصلحة بغاية العوض وعدمه لانه تصرف في الوقف بغير موضوعه ولانه يتم بشبهه على تطاول الازمان وجهان اجودهما الاخير وقواه في س قوله اذا ادعيا جدارا مطلقا ولا بينة فمن حلف عليه مع نكول صاحبه فهو له وان حلفا او نكلا قضي به بينهما المراد بالاطلاق هنا ان يكون مقيدا بوجه يوجب كونه لاحدهما شرعا كاتصاله ببناء احدهما وما في حكمه مما سياتي ومن جملة القيود كونه في ارض احدهما فاذا خلا عن جميع ذلك لم يكن لاحدهما عليه يد ويكون لهما بان يكون بين ملكيهما ولا مرجح وحكمه ح ان يستوي نسبتهما اليه فمن اقام بينة حكم له به وان فقداها ف حلف كل واحد لصاحبه وكان بينهما نصفين وكذا لو نكلا عن اليمين ولو حلف احدهما ونكل الاخر ثبت للحالف وهو واضح

قوله ولو كان متصلا ببناء احدهما كان القول قوله مع يمينه اي متصلا به اتصال الترصيف وهو تداخل الاحجار واللبن على وجه يبعد كونه محدثا ومثله ما لو كان لاحدهما عليه قبة او غرفة او سترة لانه يصير بجميع ذلك صاحب يد فعليه اليمين مع فقد البينة ولو اتصل بهما كذلك او كان البناء لهما اي اختص احدهما ببعضه والاخر باخرى فاليد لهما وكذا لو كان لاحدهما واحدة والباقي مع الاخر فلا اثر لزيادة اليد في الترجيح فيحلفان ويقسم بينهما كما يقسم لو نكلا الى تمام ما تقدم قوله ولو كان لاحدهما عليه جذع او جذوع قيل لا يقضى له وقيل يقضى مع اليمين وهو الاشبه القول بعدم القضاء بذلك للشيخ ره محتجا بان كون الجدار بين الدارين دلالة ظاهرة على انه في ايديهما ووضع الجذوع اختصاص بمزيد انتفاع كاختصاص احد الساكنين بزيادة الامتعة ويضعف بمنع دلالة كونه بينهما على اليد اذا لم ينضم اليه تصرف بوجه من الوجوه السابقة وح فوضع الجذع يفيد اليد للواضع ويبقى الاخر خاليا ويكون حكم الجذع حكم ما سلف من المرجحات ولو جامعها اعتبر ما فصلناه قوله ولا يرجح دعوى احدهما بالخوارج التي في الحيطان ولا الروازن المراد بالخوارج كل ما خرج من وجه الحايط من نقش ووتد ورف ونحو ذلك فانه لا يفيد الترجيح لمالكه لامكان احداثه له من جهته من غير شعور صاحب الجدار ومثله الداخل فيه كالطاقات غير النافذة والروازن النافذة لما ذكر قوله ولو اختلفا في خص قضي لمن اليه معاقد القمط عملا بالرواية الخص بالضم البيت الذي يعمل من القصب والقمط بالكسر حبل يشد به الخص وبالضم جمع قماط وهي شداد الخص من ليف وخوص وغيرهما والرواية رواها عمرو بن شمر عن جابر عن الباقر ع عن ابيه عن علي عليه السلام انه قضى في رجلين اختصما في خص الخص للذي اليه القمط ومثله روى العامة عن النبي صلى الله عليه واله والطريق ضعيف الا ان الاصحاب تلقوها بالقبول وردها بعضهم ومنهم المص ره في النافع قال انها قضية في واقعة فلا تتعدى ويتجه حكم الخص حكم الجدار بين الملكين قوله لا يجوز للشريك في الحايط التصرف فيه ببناء ولا تسقيف ولا ادخال خشبة الا باذن شريكه الحكم فيه كغيره من الاموال المشتركة لا يجوز لاحد من الشركاء التصرف الا باذن الجميع وان قل الانتفاع كضرب الوتد وفتح الكوة قال في التذكرة وكذلك اخذ اقل ما يكون من ترابه ليترب به الكتاب ويستثنى من ذلك الاستناد اليه واسناد المتاع مع انتفاء الضرر لانه بمنزلة الاستضاءة بسراج الغير والاستظلال بجداره نعم لو منع المالك والشريك عن ذلك كله حرم وفاقا للتذكرة لانه نوع تصرف بايجاد الاعتماد عليه واستقرب في س عدم المنع لانتفاء الضرر وموضع الخلاف ما اذا كان المجلس المستند والا لم يجز اجماعا ولو بنى الشريك في ملكه جدارا متصلا بالجدار المشترك او المختص بالجار بحيث لا يقع ثقله عليه جاز ولم يكن للاخر الاعتراض ولو القى ثقله عليه لم يجز بدون اذنه قوله ولو انهدم لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته اذ لا يجب على الشخص عمارة جداره المنهدم ففي المشترك اولى

[illegible]

وهذا الكلام فيه لكن هل يتوقف العمارة على اذن الشريك ام يجوز له البناء وان نهاه قولان احدهما توقف العمارة على اذنه لانه
مال مشترك فيمتنع التصرف فيه بدون اذن الشريك كما سلف والثاني عدم الاشتراط لانه نفع واحسان في حق الشريك حيث يعمر له
حايطه ولا يغرمه من نفقته ولا ضرر فيه عليه بوجه وهو قول الشيخ ره والاول اقوى وربما فرق بين اعادته بالالة المشتركة
فلا يشترط رضاه وبين اعادته بالة من عنده فيشترط لانه على الاول يبقى شريكا كما كان بخلاف الثاني ثم على القول باعتبار
اذنه لو خالف وعمر فهل للشريك نقضه احتمال من حيث تصرفه في مال الغير وتغيير هيئته ووضعه الذي كان عليه خصوصا
الكيفية الثانية كانها مغصوبة فله ازالتها والاقوى العدم ان كان بناه بالالة المشتركة لان هدمه ايضا تصرف في مال الغير
هو الشريك الذي بنى فلا يصح كالاول وانما يظهر الفايدة في الاثم ولو كان بناؤه بغير آلته لانه عدوان محض وتصرف
في ارض الغير فيجوز تغييره ثم على القول بتحريم نقضه لو هدمه الشريك لزمه الارش كما لو هدمه ابتداء ثم على تقدير اعادته
بالة مختصة بالمعيد له منع الشريك من وضع خشبه عليه دون الاول لاشتراكه فيه دونه وخير الشيخ ره الشريك في الثاني
بين مطالبته بهدمه واعطائه نصف قيمة الحايط ويضع عليه والاقوى ان التخيير في ذلك للثاني لا للشريك وحيث لا
يتوقف البناء على اذن الشريك ويمتنع ترفع امره الى الحاكم ليجبره على المساعدة او الاذن فان امتنع اذن الحاكم وهل له
الاذن فيه باجرة يرجع بها على الشريك او مجانا الاقوى الثاني لان الشريك اذا لم يجبر على العمارة لا يجبر على الانفاق
فان اختار الشريك بناءه مجانا فعل والا تركه قوله وكذا لو كانت الشركة في دولاب او بئر او نهر الحكم هنا كما سلف في الجدار
ولا فرق بين كون المشترك ذا غلة تفي غلته بعمارته وغيره عند الاصحاب وانما خالف فيه بعض العامة فحكم باجبار الشريك
على المساعدة على العمارة في هذه المذكورات دون الحايط فارقا بينهما بان الشريك لا يتمكن من المقاسمة فيتضرر به بخلاف الحايط فانه
يمكنه قسمته مع شريكه وقسمة عرصته ورد بان قسمة العرصة والحايط قد يكون اكثر ضررا فكانا سواء قوله وكذا لا يجبر صاحب
السفل ولا العلو على بناء الجدار الذي يحمل العلو لانه لا يجب على الانسان عمارة ملكه لاجل الغير لكن يجب تقييده بما اذا لم يكن
حمل جدار العلو او سقفه واجبا على صاحب السفل بعقد لازم فان وجب كذلك لزم البناء ونبه عليه في الدروس وسبق مثله في
عمارة الساقية والمجرى ولو طلب صاحب العلو بناء جدران السفل تبرعا فهل له منعه فيه الوجهان السابقان واطلق في التحرير انه
ليس له منعه وفي حكم العلو ما لو كان له ساباط استحق وضعه على حايط غيره فانهدم هذا كله اذا انهدم الحايط بنفسه او هدماه معا
قوله ولو هدمه بغير اذن شريكه وجب عليه اعادته وكذا لو هدمه باذنه وشرط اعادته اطلق المص ره وجوب الاعادة تبعا للشيخ ره
ويشكل بان النقصان الفايت بالهدم غير مثلي فينبغي المصير الى القيمة وهو الارش وهو اختيار العلامة في القواعد مع انه قطع
في التذكرة بوجوب الاعادة وفصل الشهيد ره في س فاوجب اعادته ان امكنت المماثلة كما في جدران بعض البساتين والمزارع والا
فالارش وفيه مناسبة الا انه خارج عن القواعد الشرعية لانتفاء المثلية في التأليف فانه محض صفة اذ الاعيان باقية والمماثلة
في الصفة بعيدة فالقول بالارش مطلقا اوضح قوله اذا تنازع صاحب السفل والعلو في جدران البيت فالقول قول صاحب البيت
مع يمينه ولو كان في جدران الغرفة فالقول قول صاحبها مع يمينه هذا هو المشهور ووجهه ان جدران البيت جزؤه وجدران الغرفة
جزؤها فيحكم بها لصاحب الجملة وقال ابن الجنيد ان جدران البيت بينهما لان حاجتهما اليه واحدة بخلاف جدران الغرفة اذ لا تعلق
لصاحب البيت به الا كونه موضوعا على ملكه ولا يقتضاه في الحكم وهو قول جيد لكن الاول اجود قوله ولو تنازعا في السقف قيل ان
حلفا قضي به لهما وقيل لصاحب العلو وقيل يقرع بينهما وهو احسن المراد بالسقف الحامل للغرفة المتوسط بينها وبين البيت
والقول باشتراكهما فيه للشيخ ره في ط وقواه في الدروس لانه سقف لصاحب البيت وارض لصاحب الغرفة فكان كالجزء من كل منهما

والقول الثاني لابن ادريس ورجحه العلامة في كثير من كتبه لان الغرفة انما يتحقق بالسقف الحامل لانه ارضها والبيت قد يكون بغير
سقف وهما متصادقان على ان هنا غرفة فلا بد من تحققها ولان تصرفه فيه اغلب من تصرف صاحب السفل والقول بالقرعة للشيخ
ايضا لانها لكل امر مشتبه واستحسنه المص ره وربما منع الاشتباه هنا لان رجحان احد الطرفين في نظر الفقيه يزيل الاشتباه له
بالنسبة الى الحكم والاوسط اوسط وموضع الخلاف السقف الذي يمكن احداثه بعد بناء البيت اما ما لا يمكن كالازج الذي لا يعقل
احداثه بعد بناء الجدار الاسفل لاحتياجه الى اخراج بعض الاجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملا للعقد ويحصل
به الترصيف بين السقف والجدران وهو دخول الات البناء من كل منهما في الاخر فان ذلك دليل على انه لصاحب السفل فيقدم
قوله فيه بيمينه قوله اذا خرجت اغصان شجرة الى ملك الجار وجب عطفها ان امكن والا قطعت من حد ملكه وان امتنع صاحبها
قطعها الجار ولا يتوقف على اذن الحاكم يمكن كون الوجوب بمعناه المتعارف ويكون المحكوم عليه به مالك الشجرة ووجه
الوجوب عليه ظاهر لان دخول شجرته على ملك الغير يوجب التصرف فيه وشغله بملكه وهو غير جائز فيجب التخلص منه وقد
صرح العلامة في التحرير بوجوب ذلك عليه وهو حسن لكن يبقى في العبارة اشتراط وجوب العطف بالامكان وترتيب القطع
على عدمه مع ان للمالك قطع شجرته بغير هذا السبب ففيه اولى وانما يليق ترتيب الامرين المذكورين بالنسبة الى مالك الارض الا انه
الوجوب فيه لا يتم بالمعنى المتعارف منه ويمكن كونه بمعنى الثبوت لانه احد معانيه لغة وهذا الحكم ثابت له لكن ينافيه قوله بعد
ذلك وان امتنع صاحبها قطعها الجار لان مقتضاه ان المامور بالسابق هو مالك الشجرة ويمكن الاعتذار عن الترتيب بان قطع
الشجرة مع امكان عطفها اتلاف للمال وهو منهي عنه ويمنع من جواز قطع المالك كيف اتفق بل لا بد من غاية مقصودة به للنهي عن
اضاعة المال بغير وجه ثم قوله قطعها الجار لا بد من تقييده ايضا بعدم امكان عطفها بطريق اولى فالعبارة في الجملة ليست بجيدة
والحاصل ان الواجب على مالك الشجرة تفريغ ارض الغير او هوائه من ماله كيف امكن فان امتنع منه فلمالك الارض والهوى
تولي ذلك مقدما للعطف على القطع مع امكانه وكما ثبت الحكم المذكور في الاغصان كذا في العروق ولا يتوقف مالك الارض على
اذن الحاكم حيث يمتنع صاحب الشجرة كما له اخراج بهيمة تدخل الى ملكه بدون اذنه وربما قيل بجواز ازالة مالك الارض لها من دون
مراجعة المالك لان ازالة العدوان عليه امر ثابت له وتوقفه على اذن الغير ضرر وتشهد له جواز اخراج البهيمة بدون اذنه ولانه
لو توقف على اذن المالك لتوقف على اذن الحاكم مع امتناعه اذ لا يجوز التصرف في مال الغير بغير اذنه ولا اذن من يقوم مقامه و
ظاهر التذكرة ان مالك الشجرة لا يجب عليه ازالتها وان جاز لمالك الارض لانه من غير فعله والاول اجود ولو قطعها مالك الارض
مع امكان العطف ضمن لكن هل يضمن جميع ما يقطع ام تفاوت ما بينه وبين المعطوف وجهان من التعدي بالقطع فيضمنه و
من ان العطف حق له وما يفوت به في حكم التالف شرعا ولو مضت مدة طويلة عليها كذلك مع علم المالك وتفريطه ضمن اجرة
الارض والهواء وليس لمالك الارض ايقاد النار تحت الاغصان ليحرق حيث يكون القطع لانه اشد ضررا ولو فعل ضمن ما يتلف بسببه
زيادة على حقه وفي حكم الشجرة التراب المنتقل الى ملك الغير والحايط المايل كذلك فيجب المبادرة الى تخليص الارض منه ولو ملكه التراب
وقبله سلم من حقه لا مع امتناعه منه وان شق نقله قوله ولو صالحه على ابقائه في الهواء لم يصح على تردد اما لو صالحه على طرحه على
الحايط جاز مع تقدير الزيادة او انتهائها منع الشيخ ره من الصلح على ابقائها في الهواء بناء على اصله السابق من عدم جواز افراد الهواء
بالصلح تبعا للبيع وهذا هو الفارق بين الصلح على ابقائها في الهواء وعلى الجدار لان منفعة الجدار يمكن افرادها بالمعاوضة
كالاجارة والاصح جواز الامرين والمراد بقوله مع تقدير الزيادة او انتهائها ان الاغصان ان كانت قد انتهت في الزيادة بحسب نظر
اهل الخبرة صح الصلح على ابقائها مطلقا وان كانت آخذة في الزيادة فلا بد من تقدير الزيادة ليكون الصلح مضبوطا ولا يبعد

من تعدى من الاقامة فلا يصح المؤبد على ما ذكره الجماعة ولو غرض زيادة ما حكم بانتهائه على خلاف العادة كان حكم الزايد حكم الاصل
تبعه الى الاذن قبل الصلح قوله اذا كانت لانسان بيوت الخان السفلى وللاخر بيوته العليا وتداعيا الدرجة قضى بها لصاحب العلو
مع يمينه لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك وان كانت موضوعة في الارض التي هي لصاحب السفلى لان مجرد ذلك لا يوجب اليد
كما يحكم بها لصاحب العليا فكذا محلها هنا مع اختلافهما في الخزانة تحتها اما لو اتفقا على ان الخزانة لصاحب الاسفل كانت الدرجة
كالسقف المتوسط بين الاعلى والاسفل فيجرى فيها الخلاف السابق وعلى ما اخترناه يقضى بها لهما على شئ التنصيفين وانما يختلف
الحكم عند القايل بالاشتراك كالشهيد فانه يجعلها هنا مشتركة بينهما ايضا قوله ولو كانت تحت الدرجة خزانة كانا في دعواها
سواء لان كل واحد منهما شاهد بملكها الا ان الظاهر ان الدرجة لصاحب العلو فيكون مكانها كذلك لان الهواء كالقرار وكذلك هي سقف
الاسفل بل من جملة البيوت السفلى وح فيقضى بها بينهما بعد التحالف او النكول قال في الدروس ولا عبرة بوضع الاسفل الآنية
وكذلك تحتها والخزانة بالكسر كما كتابه قاله في القاموس قوله ولو تداعيا الصحن قضى منه بما يسلك فيه الى العلو بينهما وما خرج
منه لصاحب السفل لان صاحب العلو لما افتقر سلوكه اليه الى التصرف من الصحن في قدر الممر كان له عليه يد دون باقي الصحن و
صاحب السفل يشاركه في التصرف في ذلك و ينفرد بالباقي فيكون قدر المسلك بينهما ثم ان كان المرقى في صدر الصحن تشاركا في الممر اليه
وان كان المرقى في دهليزه خارجا لم يشاركه الاسفل في شئ من العرصة اذ لا يد له على شئ منها الا ان نقول في السكة المرفوعة
باشتراكها بين الجميع وكان المرقى في ظهره اختص صاحب الاسفل بالعرصة والدهليز اجمع والمراد بالقضاء بما ذكر بينهما مع حلف كل واحد
او نكولهما عن اليمين كما تقدم غير مرة قوله اذا تنازع راكب الدابة وقابض لجامها قضى للراكب مع يمينه وقيل هما سواء في الدعوى
والاول اقوى وجه القوة قوة يد الراكب وشدة تصرفه بالنسبة الى القابض ووجه التسوية اشتراكهما في اليد وقوتها لا مدخل لها
في الترجيح ولهذا لم يؤثر في ثوب بيد احدهما اكثره كما سيأتي نعم مع الراكب زيادة التصرف الا انه لم يثبت شرعا كونه مرجحا وتعريف
المدعى والمنكر منطبق عليهما بتفسيرنا له وح فالقول بالتساوي اقوى بعد ان يحلف كل واحد منهما لصاحبه اذا لم يكن بينة ولا عبرة
عندنا بكون الراكب غير معتاد ركوب الدواب والمتشبث معتادا لذلك وما ذكر حكم الدابة اما اللجام فلمن في يده والسرج لراكبه قوله
اما لو تنازعا ثوبا في يد احدهما اكثره فهما سواء لاشتراكهما في اليد ولا ترجيح لقوتها والتصرف الذي كان مع الراكب زايدا على اليد منتف
هنا وهذا هو الفارق بين المسئلتين عند المصنف ولا يجب اختلاف الحكم نعم لو كان احدهما ممسكا له والاخر لابسا فكمسئلة الراكب و
القابض لزيادة تصرف اللابس على اليد وربما قيل هنا بتقديم اللابس لان الظاهر انه لم يتمكن من لبسه الا وهو غالب مستقل باليد
قوله وكذا لو تنازعا عبدا لاحدهما عليه ثياب يعني ان لبسها لا يرجح يد احدهما اذا كان لهما عليه يد اذ لا دخل لها في الملك لانه قد يلبسها
بغير اذن مالكها او بقوله او بالعارية فاذا كان لهما عليه يد تساويا في الدعوى ومنه يعلم انه لو كان لاحدهما خاصة يد والاخر ثياب قدم
لصاحب اليد قوله اما لو تداعيا جملا ولاحدهما عليه حمل كان الترجيح لدعواه لان وضع الحمل على الدابة يستدعى كمال الاستيلاء فيرجح جانبه
والمراد ان لكل واحد منهما مع ذلك عليه يد بان كانا قابضين بزمامه ونحو ذلك ليحصل الترجيح اما لو كان لاحدهما حمل ولا يد للاخر فلا
شبهة في الترجيح ويمكن ان يكون المراد ان احدهما قابض بزمامه والاخر عليه حمل بان يكون معادلا لمسئلة الراكب وقابض اللجام
فانهما وان استويا في الحكم عنده الا ان مسئلة الحمل اقوى ولهذا لم يذكر فيها خلافا ووجهه ان الحمل اقوى دليلا على كمال الاستيلاء فان الركوب
اسهل تعلقا من الحمل وفي الدروس جعل حكم الراكب ولابس الثوب وذو الحمل سواء في الحكم وهو كذلك قوله ولو تداعيا غرفة على بيت احدهما
وبابها الى غرفة الاخر كان الرجحان لدعوى صاحب البيت لانها موضوعة في ملكه لان هواء بيته ملكه لانه تابع للقرار فيحكم وفتح الباب الى
الغير لا يفيد اليد ولا الملك فيقدم صاحب البيت بيمينه هذا اذا لم يكن من اليه الباب متصرفا فيها بسكنى او غيره والا قدم لان يده عليها

بالذات لان التصرف مختص له وثبوت يد مالك الهواء بالتبعية ليده التي هي على القرار واليد الفعلية اقوى من اليد التابعية ويحتمل التساوي
لثبوت اليدين الجانبين في الجملة وعدم تاثير قوة اليد كما سلف والله الموفق المعين

كتاب الشركة قوله يا علي ادركني

الشركة اجتماع حقوق الملاك في الشئ الواحد على سبيل الشياع الشركة بكسر الشين واسكان الراء وفتحها وكسرها وهي تطلق على معنيين احدهما
ما ذكره المصنف من تعريفه من اجتماع الحقوق على الوجه المذكور وهذا هو المعنى المتبادر من معنى الشركة لغة وعرفا الا انه لا مدخل له في
الحكم الشرعي المترتب على الشركة من كونها من جملة العقود المفتقرة الى الايجاب والقبول والحكم عليها بالصحة والبطلان فان
هذا الاجتماع يحصل بعقد وغيره بل بغيره اكثر حتى لو تعدى احدهما ومزج ماله بمال الاخر قهرا بحيث لا يتميزان تحققت الشركة بهذا
المعنى ومع ذلك لا يرتبه الشركة به بما قبلها بعدها الا ان هذا المعنى من المعاني دخوله في باب الاحكام اولى وثانيهما عقد ثمرته جواز
تصرف الملاك للشئ الواحد على سبيل الشياع فيه وهذا هو المعنى الذي به تندرج الشركة في جملة العقود ويلحقها الحكم بالصحة و
البطلان واليه يشير المصنف فيما بعد بقوله قيل تبطل الشركة اعني الشرط والتصرف وقيل يصح ولقد كان على المصنف ان يقدم
تعريفها على ما ذكره لانها المقصود بالذات هنا او ينبه عليها معا على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتها واحكامها ولكنه اقتصر على تعريفها
بالمعنى الاول فقوله اجتماع حقوق الملاك كالجنس يدخل فيه اجتماع حقوقهم على وجه الامتياز كما لو جمعوا اموالهم مع تميز بعضه عن
بعض ووضعوه في مكان واحد مثلا والمراد بالشئ الواحد الواحد بالشخص لان ذلك هو المتبادر الى الافهام لا الواحد بالجنس ولا النوع
ولا الصنف اذ لا يتحقق الشركة في شئ مع تعدد الشخص والمراد بالواحد فيما هو متعلق الشركة وان تعدد لصدق الاجتماع بالمعنى المذكور
في كل فرد من افراد المتعدد وقوله على سبيل الشياع خرج به اجتماع حقوقهم في الشئ الواحد المركب من اجزاء متعددة كالبيت مثلا
اذا كان خشبه لواحد وحايطه لاخر وارضه لثالث فانه لا شركة هنا اذ لا شياع مع صدق اجتماع حقوقهم في الشئ الواحد وفي بعض تحقيقات
الشهيد ره ان قيد الشياع لاخراج اجتماع الحقوق في الشئ الواحد بالشخص على البدل كمستحق الزكوة والخمس المجتمعين على معدن
او مباح يتعذر فيه الاجتماع فان ذلك اجتماع لا على سبيل الشياع ثم اورد على نفسه بان هذه خرجت بالملاك واجاب بان المراد بالملك
الاستحقاق حذرا من المجاز والاشتراك وهو حاصل في الكل وفيه نظر لان الملك اخص من الاستحقاق مطلقا ولو حمل على معناه اللغوي
المتعارف لخرجت هذه الاقسام بالقيد المذكور فخرج بقيد الشياع ما ذكرناه سابقا وح فلا مجاز ولا اشتراك ويمكن ان يكون ره
انما حاول بحمل الملك على الاستحقاق الذي هو اعم منه ادخال الشركة في مثل القصاص والخيار بعد الشفعة وحد القذف مما لا ملك فيه
وانما هو محض استحقاق فلو حمل الملك على معناه الخاص لانتقض التعريف في عكسه ان اريد به المعنى الخاص ولو جعل مشتركا بينه وبين
الاستحقاق او مجازا في الاستحقاق لزم الاشتراك والمجاز فحمله على معنى الاستحقاق العام ليدخل الاقسام ويسلم من محذور المجاز
والاشتراك كما ذكر لكن يبقى فيه ان اطلاق الخاص وارادة العام مجاز يجب صون التعريف من استعماله ولا يمكن دعوى شيوعه
فيه بل هو معنى خفي يعيب التعريف ويوقع فيه ابهام هرب منه وقد يجاب بان اطلاق الملك هنا على الاستحقاق ليس مجازا بل معناه
المتبادر من قولك فلان يملك الشفعة على فلان ويملك الحد ونحوه وانه مجاز ولكن استعماله شايع وان كان مطلق اطلاق الخاص
على العام ليس شايعا والعبرة في رخصة التعريف انما هي بالفرد المحتاج الى استعماله لا بنوع ذلك الفرد وهذا هو الظ هنا وينبه
عليه ان المصنف بعد فصل ذكر حكم الاشتراك في الحق المذكور فليس بغافل عن دخوله في التعريف وح فالمستعمل هنا اما المجاز
المنصوب على ارادته قرينة او المشترك اشتراكا معنويا ان جعل ذلك الاستحقاق من افراد الملك حقيقة والاشتراك المعنوي لا يمنع
دخوله في التعريف ولو ابدل لفظ الملك بالاستحقاق في التعريف لشمل الجميع وخرج الاشتراك في استحقاق الزكوة ونحوه بالشياع

كما ذكروه واعلم ان المراد بالملاك هنا ما فوق الواحد بطريق الحقيقة او المجاز على الخلاف لئلا ينتقض بالاثنين وان هذا التعريف لا ينطبق من الشركات المالية الا على شركة العنان دون اخواتها من شركة الابدان وغيرها فهو تعريف للشركة الصحيحة عندنا قوله ثم المشترك قد يكون عينا وقد يكون منفعة وقد يكون حقا الاشتراك في العين ظ وفي المنفعة يتحقق بالاجارة والحبس والسكنى والرقبى لانه ان كان على المحصورين فالاشتراك في العين والا فلا والاشتراك في الحق كما ذكرناه سابقا من الخيار والشفعة بالنسبة الى الورثة و القصاص والحد والرهن قوله وسبب الشركة قد يكون ارثا وقد يكون عقدا وقد يكون مزجا الارث يجري في الاقسام الثلثة السابقة كما اذا ورثا مالا او منفعة دار استاجرها مورثهم او عبد موصى بخدمته او حق شفعة وخيار ورهن وكذلك العقد يجري فيه في العين بان يشتريا دارا وفي المنفعة بان يستاجرها وفي الحق بان يشتريا بالخيار فان سبب الشركة العقد وفي هذا الاخير نظر واما المزج فيتصور في العين وقد يتصور في المنفعة كما اذا استاجر دراهم للتزين بها اذا جوزناه ومزج كل واحد منهما ثم امتزجت بحيث لا يتميز قوله وقد يكون حيازة والاشبه في الحيازة الاختصاص كل واحد بما حازه من الحيازة ان يشتركا في نصب حبالة الصيد للشركة وفي السهم المثبت له مع قصدهما كان في ملكه وما اختاره من الاختصاص لا ينافيه والقول باختصاص كل واحد بما حازه هو الاجود مع تميزه لانه في معنى شركة الابدان اما مع امتزاجه فيكون مشتركا لا من حيث الحيازة بل من جهة المزج الطاري كما لو امتزج المالان وهو خارج عن الفرض وينبغي ان يستثنى من ذلك ما لو كان عمل كل منهما بنية الوكالة لصاحبه في تملك نصف ما يحوزه فانه ح يتوجه الاشتراك لان ذلك مما يقبل النيابة فاذا نوى ان يكون بينه وبين شريكه ملك شريكه نصفه وان لم يعمل فاذا عمل كذلك اولى الا انه سيأتي اختيار المص رحمه الله لعدم استثنائه ذلك ايضا وان لكل واحد ما حازه مطلقا والتنبيه بالخلاف المذكور اما على عدم اشتراط النية فلا يتحقق الشركة او على خلاف ابن الجنيد المجوز لشركة الابدان والاول اولى وسيأتي البحث فيه قوله نعم لو اقتلعا شجرة او اغترفا ماء دفعة تحققت الشركة اي تحققت الشركة في الجملة لكن يكون لكل واحد من المجاز بنسبة عمله ويختلف ذلك بالقوة والضعف ولو اشتبه مقدار كل واحد فطريق التخلص بالصلح او تمليك كل واحد ما بقي له عند الاخر بناء على جواز هبة المجهول قوله ويتحقق مع مزج احدهما بالاخر بحيث لا يتميزان تحققت فيها الشركة اختيارا كان المزج او اتفاقا المراد بالاتفاق هنا عدم الاختيار كما لو سقط احدهما على الاخر او غيره بان مزجا معا الا ونحو ذلك فانه في حكم المزج بالاختيار قوله ويثبت في المالين المتماثلين في الجنس والصفة لما كان ضابط الامتزاج عدم التميز اعتبر الاتفاق في الجنس والصفة فلو تخلف احدهما تحقق الامتياز فلا شركة فلا يكفي مزج الحنطة بالشعير و الدخن بالسمسم وان عسر التخليص والدراهم بالدنانير ونحو ذلك وكذا لو اتحد الجنس لكن النوع الخاص مع اختلاف الوصف كما لو مزجت الحبة الحمراء من الحنطة بغيرها او الكبيرة بالصغيرة ونحو ذلك لامكان التخليص وان عسر قوله سواء كان اثمانا او عروضا اي عروضا مثلية كالحنطة وغيرها من الحبوب اما غير المثلية فسياتي الكلام فيها ونبه بالتسوية على خلاف بعض العامة حيث شرط في الشركة الاختيارية اعني ما يترتب عليها جواز التصرف والتجارة بالعقد ان يكون المال من النقدين كالمضاربة اما الشركة بمعنى اجتماع الحقوق في المال الواحد فلا خلاف في تحققه كيف اتفق الامتزاج قوله اما ما لا مثل له كالثوب والخشب والعبد فلا يتحقق فيه بالمزج بل قد يحصل بالارث او احد العقود الناقلة في عدم تحققه بالمزج مطلقا منع بين بل قد يتحقق كالثياب المتعددة المتقاربة في الاوصاف والخشب كذلك فيتحقق الشركة فيه والضابط عدم الامتياز ولا خصوصية للمثلي والقيمي في ذلك ان متى تحققت في ذلك فان علمت قيمة ما لكل واحد منهما كان الاشتراك على نسبة القيمة والا ففي الحكم بالتساوي لانه الاصل او يرجع الى الصلح وجهان وبالاول قطع في التذكرة وعليه يترتب حكم ما لو اشتبه مقدار قوتها في مثل قلع الشجرة فانهما يستويان على ما اختاره في التذكرة لاصالة عدم زيادة احدهما على الاخر والاقوى الصلح قوله ولو اراد الشركة فيما لا مثل له باع كل واحد منهما

حصة

حصة مما في يده بحصة مما في يد الاخر بناء على ان الشركة فيه لا يتحقق بالامتزاج ومثله المثلي مع اختلاف الجنس او الوصف وما ذكره من الحيلة احد الامثلة ومثله ما لو وهب احدهما صاحبه حصة من ماله ووهبه الاخر كذلك او باعه حصة بثمن معين ثم اشترى به حصة من الاخر الى غير ذلك من الوجوه الناقلة والمراد بالشركة في جميع هذه الموارد الشركة المعروفة لا الشركة بالمعنى الخاص وهي الاذن في التصرف والحكم فيما عدا الاخير واضح اذ لم يحصل من ذلك سوى الامتزاج واما الابتياع ونحوه فلعدم دلالته على الاذن في التصرف خلافا لبعض العامة حيث سوغها به كما قالا اشتركنا ونحوه قوله ولا تصح الشركة بالاعمال كالخياطة والنساجة لا فرق في ذلك بين ان تتفق عملهما بان يكون كل واحد خياطا او يختلف بان يكون احدهما خياطا والاخر نجارا ويعمل كل واحد منهما في صنعته ولا بين كون الشركة البدنية في مال مملوك او تحصيل مال مباح كالاصطياد والاحتطاب لان كل واحد متميز ببدنه ومنافعه فيختص بفوائده كما لو اشتركا في مالين وهما متميزان ولا خلاف عندنا في بطلان شركة الاعمال الا من ابن الجنيد حيث اجازها مع تساركهما النفل او عمل احدهما ق قسمته على الاجرتين غير شركة مع انه راجع الى بطلانها لان تساركهما النفل بعد نسخ الاجرتين وتحاللهما امر خارج عن صحة هذه الشركة وكما يتبرع احدهما على الاخر بمشاركته في عمله واما العامة فمنهم من وافقنا على بطلانها ومنهم من اجازها مع اتفاق الصنعتين لا مع اختلافهما ومنهم من اجازها في غير اكتساب المباح قوله نعم لو عملا مع واحد باجرة ودفع اليهما شيئا واحدا عوضا عن اجرتهما تحققت الشركة انما يتحقق في الاعمال بهذه الجهة لو اجرا انفسهما في عقد واحد لتشبه شركة الابدان بحسب الصورة وان كان في المعنى راجعا الى شركة الاموال اما اذا اجر كل واحد نفسه منفردا او استحق اجرة منفردة ثم ادى اليهما ما لا اشتركا فالشركة في المال خاصة صورة ومعنى ولا فرق في جوازها بالمعنى الاول بين ان يكون عملهما مختلفا ومتفقا ولا بين ان يعلما نسبة احد العملين الى الاخر و عدمه لان الاعتبار في الصفقة المتعددة بالعلم بعوض الجميع لا الاجزاء واجرة المجموع هنا معلومة وح فيقسم عليهما على نسبة العمل وطريقة معرفته ان ينسب اجرة مثل عمل احدهما الى اجرة مثل العملين ويؤخذ من المسمى بتلك النسبة هذا مع العلم بالنسبة ومع الجهل يحتمل ما تقدم من التساوي والصلح والثاني اقوى وكذا القول في كل مالين امتزجا وجهل قدر كل منهما قوله ولا بالوجوه شركة الوجوه تفسيرات اشهرها ان يشترك اثنان وجيهان عند الناس لا مال لهما بعقد لفظي ليبتاعا في الذمة الى اجل على ان ما ابتاعه كل واحد منهما يكون بينهما فيبيعانه ويؤديان الاثمان وما فضل فهو بينهما وقيل ان يبتاع وجيه في الذمة الى اجل ويفوض بيعه الى خامل ويشترطا ان يكون الربح بينهما وقيل ان يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل و يكون المال في يده لا يسلمه الى الوجيه والربح بينهما وقيل ان يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له والكل عندنا باطل خلافا لابن الجنيد فانه جوزها بالمعنى الاول ولابي حنيفة مطلقا وح فاذا اذن احدهما للاخر في الشراء فاشترى لهما وقع الشراء عنهما وكانا شريكين لانه بمنزلة الوكيل وقد اشترى بالاذن فيشترط شروط الوكالة واذا كان المال لاحدهما وباع الاخر حيث كان خاملا ام لا صح البيع لوكالة المالك وللمباشر اجرة المثل لعمله ولا شيء له في الربح قوله ولا بشركة المفاوضة هي ان يشترك شخصان فصاعدا على ان يكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويلتزمان من غرم ويحصل لهما من غنم فيلتزم كل واحد منهما ما يلزم الاخر من ارش جناية وضمان غصب وقيمة متلف وغرامة لضمان وكفالة ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث ويجده من ركاز ولقطة و يكتسبه في تجارته بماله المختص به ولا يستثنى من ذلك الا قوت يومه وثياب بدنه وجارية يتسراها لا يشاركه الاخر فيها وكذا يستثنى من الغرم الجناية على الحر وبذل الخلع والصداق اذا لزم احدهما وقال صاحب اصلاح المنطق شركة المفاوضة ان يكون مالهما شيء يملكانه بينهما وهي مخصوص بما ذكرناه لاستثناء القائل بها ذلك وهي باطلة الا عند ابي حنيفة ومن شذ قوله وانما يصح ...ونه في يد المسلمين في صحة الشركة بالاموال وهي المعبر عنها بشركة العنان بكسر العين ككتاب وهو سير اللجام الذي

يعمل به الدابة واختلفوا فيما اخذت منه هذه اللفظة فقيل من عنان الدابة اما لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ والتصرف
واستحقاق الربح على قدر رأس المال كاستواء طرفي العنان او تساوي الفارسين اذا سويا بين فرسيهما وتساويا في السير يكونان سواء
ولما ان كل واحد منهما يمنع الآخر من التصرف كما يشتهي ويريد كما يمنع العنان الدابة واما لان الآخذ بعنان الدابة حبس احدى يديه على
العنان ويده الاخرى مطلقة يستعملها كيف شاء كذلك الشريك منع بالشركة نفسه عن التصرف في المشترك كما يشتهي وهو مطلق
اليد والتصرف في سائر امواله وقيل من عنّ اذا ظهر اما لانه ظهر لكل منهما مال صاحبه او لانها اظهر انواع الشركة ولذلك اجمع على
صحتها وقيل من المعانة وهي المعارضة فان كل واحد منهما عارض بما اخرجه الآخر اذا تقرر ذلك فالمراد بصحة الشركة بالاموال يحتمل كونه
في الشركة بالمعنى الاول كما يقتضيه السياق وكونه فيها بالمعنى الآخر لانه الغرض الذاتي منها ويدل له تفريعه عليه قال في التذكرة شركة
العنان وهي شركة الاموال هي ان يخرج كل مالا ويمزجاه ويشترطا العمل بابدانهما ويتفرع عليه ايضا قول المصنف عقيبه ويتساوى الشريكان
في الربح فيكون هذا اول الشروع في الشركة بالمعنى الثاني وح فلا بد لها بهذا المعنى مع اشتراكهما في المالين من صيغة تدل على الاذن
فيه على وجه التجارة سواء كان قبل الامتزاج ام بعده وسواء وقع من كل منهما للآخر ام اختص باحدهما وبهذا المعنى لحقت بقسم العقود
على تكلف ايضا ثم ترتب عليها احكام يذكرها المص بعد هذا قوله ويتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساوي المال ولو كان
لاحدهما زيادة كان له من الربح بقدر رأس ماله وكذا من الخسارة لا شبهة في كون الربح تابعا للمال لانه نماؤه فاذا كان مال احدهما
ازيد من مال الآخر فله من الربح بنسبة ماله وان عملا معا لتراضيهما بذلك على وجه لا يخالف المشروع حيث جعلا الربح تابعا للاصل
وخالف في ذلك بعض العامة فمنع من الشركة مع عدم استواء المالين في القدر لاتفاقهما في العمل كما لا يجوز ان يختلفا في الربح مع
اتفاقهما في المال ويندفع بان المعتبر في الربح المال والعمل تابع فلا يضر اختلافه كما يجوز مع تساويهما في المال عند الكل وان عمل احدهما
اكثر قوله ولو شرط لاحدهما زيادة في الربح مع تساوي المالين او التساوي في الربح والخسران مع تفاوت المالين قيل تبطل الشركة
اعني الشرط والتصرف الموقوف عليه ويأخذ كل منهما ربح ماله ولكل منهما اجرة مثل عمله بعد وضع ما قابل عمله في ماله وقيل تصح الشركة
والشرط والاول اظهر اذا شرطا تساوي الربح مع تفاوت المالين او تفاوته مع تساويهما فللاصحاب فيه اقوال احدها الصحة
ذهب اليه المرتضى مدعيا الاجماع وتبعه جماعة منهم العلامة ووالده وولده لعموم اوفوا بالعقود والا ان تكون تجارة عن
تراض وقد وقع على ما اشترطاه وقوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم ودلالة الاجماع المنقول بخبر الواحد كما يقبل
نقل غيره من الادلة به ولاصالة الاباحة وبناء الشركة على الارفاق لكل منهما ومن جملته موضع النزاع والثاني البطلان ذهب اليه
الشيخ وابن ادريس والمصنف وجماعة آخرون لانتفاء دليل يدل على الصحة ولانه اكل مال بالباطل لان الزيادة ليس في مقابلها عوض
لان الفرض انها ليست في مقابلة عمل ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة لتنضم الى احد العوضين ولا اقتضى تملكها عقد هبة و
الاسباب المثمرة للملك معدودة وليس هذا احدها فيكون اشتراطها اشتراطا لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك كما لو دفع
اليه دابة يحمل عليها والحاصل لهما فيبطل العقد المتضمن له اذ لم يقع التراضي بالشركة والاذن في التصرف الا على ذلك
التقدير وقد تبين فساده فلا يندرج بالامر في الايفاء بالعقود ولا في المؤمنون عند شروطهم وليست الشركة تجارة الا ان يكون
الشرط للعامل وجوابه مسلم فلا نسلم وآية التراضي وهذا يتم مع عدم زيادة عمل من شرطت له الزيادة والا كان معاوضة و
تجارة ولم يرد عليه ما ذكر فينبغي على هذا تقييد الجواز بذلك والثالث قول ابي الصلاح بصحة الشركة دون الشرط [illegible]
الزيادة اباحة لها يجوز الرجوع فيها ما دامت عينها باقية وهو مبني على ان الشرط الفاسد لا يفسد العقد [illegible]
اذا تقرر ذلك فمقتضى بطلان الشركة على القول به الشركة بالمعنى الثاني وهو العقد الدال على الاذن في التصرف [illegible]

فرق في المالين بين كونهما متفقين جنسا وقدرا ومختلفين خلافا لبعض العامة حيث جوزه مع التساوي قوله واذا اخذ
من مال القراض ما يعجز عنه ضمن هذا مع جهل المالك بعجزه لانه مع عجزه يكون واضعا يده على المال على غير الوجه المأذون
فيه لان تسليمه اليه انما كان ليعمل فيه فكان ضامنا وهل يكون ضامنا للجميع او القدر الزائد على مقدوره قولان من عدم
التمييز والنهي عن اخذه على هذا الوجه ومن ان التقصير بسبب الزائد فيختص والاول اقوى وربما قيل انه ان اخذ الجميع دفعة
فالحكم كالاول وان اخذ مقدوره ثم اخذ الزائد ولم يمزجه به ضمن الزائد خاصة ويشكل بانه بعد وضع يده على الجميع عاجز
عن المجموع من حيث هو مجموع ولا ترجيح الآن لاحد اجزائه اذ لو ترك الاول واخذ الزيادة لم يعجز ولو كان المالك عالما بعجزه
لم يضمن اما لتقدمه على الخطر او لان علمه بذلك يقتضي الاذن له في التوكيل وحيث يثبت الضمان لا يبطل العقد به اذ
لا منافاة بين الضمان وصحة العقد والمراد العجز عن التصرف في المال وتقليبه في التجارة وهذا يحصل حال العقد من غير
فرق بين علم المالك وجهله ولو كان قادرا فتجدد العجز وجب عليه رد الزائد عن مقدوره لوجوب حفظه وهو عاجز عنه
وامكان التخلص منه بالفسخ فلو لم يفسخ ضمن وبقي العقد كما مر قوله ولو كان له في يد غاصب مال فقارضه عليه صح
ولم يبطل الضمان فاذا اشترى به ودفع المال الى البائع برئ لانه قضى دينه باذنه قد تقدم البحث في نظير هذه المسألة في
باب الرهن وان وجه بقاء الضمان انه كان حاصلا قبل ولم يحصل ما يزيله لان عقد القراض لا يلزمه عدم الضمان فانه
قد يجامعه بان يتعدى فلا ينافيه ولقوله صلى الله عليه وآله على اليد ما اخذت حتى تؤدي وجعل انتهاء الغاية فيتحقق الضمان
الى الاداء اما على المالك او على من اذن له والدفع الى البائع مأذون فيه فيكون من جملة الغاية واستقرب العلامة زوال الضمان
هنا وتبعه ولده في الشرح لان عقد القراض امانة فصحة عقده توجب كون المال امانة لان مقتضى الصحة ترتب الاثر و
لانتفاء علة الضمان لزوال الغصب ولانه اذن في بقائه في يده وفيه نظر لان مقتضى كون القراض امانة من حيث انه قراض
وذلك لا ينافي الضمان من حيثية اخرى كما لو كان غصبا فان الضمان قد يجامعه كما اذا تعدى العامل ولا يلزم من انتفاء علة
الثبوت علة الزوال واما اقتضاء العقد الاذن في القبض فضعفه ظاهر لان مجرد العقد لا يقتضي ذلك وانما يحصل الاذن
بامر آخر ولو حصل سلمنا زوال الضمان كيف والعلامة قد صرح في التذكرة بان كون المال في يد العامل ليس بشرط في صحة
القراض فلو قال المالك انا ابقي المال في يدي وادفع الثمن كلما اشتريت متاعا صح وربما قيل بعدم زوال الضمان وان اذن له
في قبضه بعد ذلك لما تقدم من الادلة ويضعف بانه ح وكيل محض وان كان له في القبض مصلحة لانه ح كالوكيل بجعل
لو سقط عنه الضمان او قبضه ثم رده فلا اشكال في الزوال كما انه لو دفعه ثمنا الى البائع زال اجماعا قوله وكذا لو اذن
للعامل في قبضه من الغريم ما لم يجدد العقد لانه لا يخرج بالاذن عن كونه دينا لكن يقع القبض عن المالك فلو اشترى به بعد
ذلك كان فضوليا لفساد عقد القراض وقوله ما لم يجدد العقد اي بعد القبض فانه ح يقع صحيحا وفيه اشارة الى صحة القبض
وان كان مترتبا على عقد فاسد قوله ولو قال بع هذه السلعة فاذا نض ثمنها فهو قراض لم يصح لان المال ليس مملوكا حال العقد
المراد بالمال الثمن الذي يصح به القراض وعدم مملوكيته واضح اذ لا يحصل الا بعقد البيع ولانه مجهول وقد تقدم ان المال المجهول
لا يصح به ولان العقد معلق على شرط فلا يصح كالبيع خلافا لبعض العامة حيث جوزه كذلك قوله ولو مات رب المال وبالمال
متاع فاقره الوارث لم يصح لان الاول بطل فلا يصح ابتداء القراض بالعروض المراد باقراره بعقد مستأنف سواء كان بلفظ
التقرير ام غيره والمانع من الصحة كون المال عروضا وهذا التقرير قراض جديد لبطلان الاول بالموت حيث ان [illegible] العقود الجائزة
والمالك الآن غير العاقد ولو كان المال نقدا صح تجديده قطعا لكن هل يصح بلفظ التقرير قيل لا لانه يؤذن [illegible] الاول

واستيمانه لانه بظاهره تركتك وادّعى تلف ما كنت عليه والحال انه قد بطل ولا تقوى الصحة ان استفاد من اللفظ معنى الاذن لان
عقد القراض لا ينحصر في لفظ كغيره من العقود الجائزة والتقييد يدل عليه **قوله** ولو اختلفا في قدر راس المال فالقول
قول العامل مع يمينه لانه اختلاف في المقبوض لا فرق في ذلك بين كون المال باقيا وتالفا بتفريط لاشتراط الجميع في الحقيقة
وهو اصالة عدم الزائد وبراءة ذمة العامل منه واليه اشار المصنف بقوله لانه اختلاف في المقبوض لان المالك يدعي انه
اقبضه الزائد وهو ينكره والاصل عدمه ولحقه بالحكم ما لو كان تالفا بتفريط فان العامل ح غارم والقول قوله في القدر هذا
كله اذا لم يكن ظهر ربح والا فقد يتوجه قوله اشكال من جهات التفصيل المذكور وهي انه ان اطلق المقارنة من اقتضاء انكاره
لزيادة راس المال توفير الربح فيزيد حصته منه فيكون ذلك في قوة الاختلاف فيما في قدر حصته منه مع ان القول قول المالك
فيه بيمينه ولانه مع بقاء المال الاصل يقتضي كون جميعه للمالك الى ان يدل دليل على استحقاق الزائد ومع تلفه بتفريط
فالمضمون فيه هو مال المالك واذا كان الاصل استحقاق المالك بجميعه قبل التلف الا ما اقربه للعامل فالضمان تابع له
للاستحقاق وهذا هو الاقوى وربما قيل بان القول قول المالك الا مع التلف بتفريط مطلقا وهو ضعيف جدا **قوله**
ولو خلط العامل مال القراض بغيره اخذ المالك خلطا لا يتميز ضمن لانه تصرف غير مشروع لان مال القراض امانة والامانة
لا يجوز خلطها كالوديعة ولا يبطل العقد بذلك وان اثم وضمن فيبقى الربح بينهما على نسبة المال هذا مع اطلاق العقد
اما لو عمم له لفظا يتناوله كما قال افعل ما شئت او برأيك او نحو ذلك صح مع المصلحة لا بدونها فان الخلط قد يكون مصلحة
في بعض الاحوال **قوله** ويملك الحصة بالشرط دون الاجرة على الاصح مرجع هذا النزاع الى ان المضاربة هل هي من العقود
الصحيحة الشرعية اولا والقول بكونها صحيحة ويملك فيها العامل ما شرط له من الحصة قول جميع العلماء على اختلاف
مذاهبهم الا قليلا من اصحابنا والاخبار بها متظافرة صحيحة من طرق اهل البيت عليهم السلام ومن طرق غيرهم وذهب
الشيخ في النهاية وقبله المفيد وتبعهما جماعة الى ان الربح كله للمالك وللعامل عليه الاجرة لان النماء تابع للمال والمعاملة
فاسدة لجهالة العوض والجواب المنع من فساد هذه المعاملة بعد ثبوتها بالنصوص الصحيحة وعموم الايات ان لم يجعل
الاجماع والجهالة بالعوض لا يضر في كثير من العقود كالمزارعة والمساقاة وتبعية النماء للاصل مطلقا ممنوع **قوله** ولا بد
ان يكون الربح مشاعا فلو قال خذه قراضا والربح لي فسد ويمكن ان يجعل بضاعة نظرا الى المعنى وفيه تردد المراد بالمشاع
ان يكون بجملته مشتركا بينهما ويخرج به امور **الاول** ان يجعل لاحدهما شيئا معينا والباقي للاخر ولم يذكره المصنف وهو باطل
اتفاقا ولانه ربما لا يربح الا ذلك القدر فيلزم ان يختص به احدهما وهو غير جائز وقد ذكر المصنف فيما ياتي ما يقرب منه
وهو ان يشترط لاحدهما شيئا معينا والباقي بينهما **الثاني** ان يقول المالك خذه قراضا والربح لي ووجه الفساد اختصاصه
بالربح المنافي لمقتضى العقد لان مقتضاه الاشتراك في الربح وهل يكون بهذه الصيغة بضاعة بمعنى ان العامل لا
يستحق على عمله اجرة ام يكون قراضا فاسدا كما يقتضيه الاخلال بشرط القراض مع التصريح به المشهور الثاني فيكون الربح
للمالك وعليه للعامل الاجرة ووجه الاول النظر الى المعنى فانه دال على البضاعة وان كان بلفظ القراض ولان البضاعة
توكيل في التجارة تبرعا وهي لا تختص بلفظ وما ذكر دال عليها ولانه لا يحكم بالغاء اللفظ ما امكن حمله على الصحيح و
ذكر القراض وان كان منافيا بحسب اللفظ الا انه يمكن ان يكون هنا ماخوذا من معنى المساواة التي هي من احدهما المال
ومن الاخر العمل من غير التفات الى الامر وهو احد المشتق منه المعنى الشرعي كما سبق ولو قيل ان ذلك بحسب اللغة والحقيقة
الشرعية [illegible] يمكن ان يتجوز فيه فان الحقائق اللغوية تصير مجازات شرعية وهو اولى من الفساد وفي الحكم اختيار انه

لاجرة

لا اجرة للعامل لانه دخل على ذلك فكان متبرعا بالعمل وهذا يحتمل بناؤه على البضاعة وعلى القراض الفاسد وان زاد عليه عدم
الاجرة نظرا الى دخوله على التبرع بل هذا اوضح وهو قوي **الثالث** ان يقول خذه قراضا والربح كله لك ووجه فساده ما مر
ويحتمل كونه قرضا لان اللفظ عليه يدل كما تدل السابقة على البضاعة ولان القرض لا يختص بلفظ كما تقدم بل ما دل عليه و
هنا دال عليه فعلى هذا يكون الربح كله للعامل والمال مضمون عليه ولا شيء للمالك وعلى الاول للمالك وعليه للعامل الاجرة
ومحل الاشكال اذا لم يقصد القرض ولا القراض اما لو قصد شيئا او لم يعلم ما قصد والا كان قرضا في الاول وقراضا فاسدا
في الثاني بغير اشكال **قوله** اما لو قال خذه فاتجر به والربح لي كان بضاعة ولو كان الربح لك كان قرضا الفرق بين الصيغتين
اشتمال الاول على ضميمة منافية للقرض والبضاعة وهي التصريح بالقراض وهو حقيقة شرعية في العقد المخصوص بخلاف الثاني
وهذا اذا اطلق اللفظ او قصد القرض والبضاعة ولو قصد القراض ففيه ما سبق لصلاحية اللفظ لعقده خصوصا مع انضمام
قصده فان التصريح بالقراض ونحوه في العقد ليس بشرط ولو اختلفا في القصد المبطل احتمل تقديم المالك لانه اعرف به والعامل
نظرا الى ظاهر اللفظ وترجيحا لجانب الصحة ولو اختلفا في ضميمة اللفظ قدم قول مدعي ما يصح معه العقد لاصالة الصحة وعدم
الضميمة **قوله** ولو شرط لاحدهما شيئا معينا والباقي بينهما فسد لعدم الوثوق بحصول الزيادة فلا يتحقق الشركة عدم الوثوق
بالزيادة لا يصلح دليلا على الفساد بانفراده كما في عدم الوثوق باصل الربح وانما وجه الفساد اقتضاء عقد المضاربة الاشتراك
في جميع الربح كما تقدم وبقول الصادق عليه السلام في صحيحة ابي بصير الربح بينهما ومثله رواية اسحق بن عمار عن الكاظم ع
وهنا الربح ليس بينهما وان وثق بالزيادة بل بعضه على تقدير الزيادة وجميعه على تقدير عدمها لمن شرط له فعلى هذا يفسد
العقد وان وثق بالزيادة **قوله** ولو قال خذه على النصف صح وجه الصحة ان المتبادر من العبارة ان الربح بينهما نصفين وهو
تعيين اوان المالك لا يفتقر الى تعيين حصته لان نماء ماله تابع له وانما يفتقر اليه العامل فيكون المراد بالنصف انه للعامل
لانه المحتاج الى الاشتراط وفيه نظر لان اللفظ كما يحتمل ذلك يحتمل ان يكون النصف للمالك والاخر لا يحتاج الى ذكره للتبعية
للمال فيفسد وافتقار العقد الى تعيين حصة العامل لا يقتضي كون اللفظ المشترك محمولا عليه والقول بالصحة متجه
لتبادر المعنى الصحيح من هذا اللفظ **قوله** وكذا على ان الربح بيننا ويقتضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب المقتضي
للاستحقاق والاصل عدم التفاضل كما لو اقر لهما بمال وكما لو قال المقر انتي الفلاني بيني وبين زيد وخالف في ذلك بعض
الشافعية فحكم ببطلان العقد لان البينة تصدق مع التفاوت بحيث لم يتبينها فجهل استحقاق الربح وهو يمنع
صدقها على غير المتساوي مع الاطلاق نعم لو انضم اليه قرينة صح حمله على غيره بواسطتها **قوله** ولو قال على ان لك
النصف صح ولو قال على ان لي النصف واقتصر لم يصح لانه لم يعين للعامل حصة الفرق بين الصيغتين ان الربح
لما كان تابعا للمال والاصل كونه للمالك لم يفتقر الى تعيين حصته فان عينها كان تاكيدا واما تعيين حصة العامل فلا
بد منه لعدم استحقاقها بدونه فاذا قال النصف لك كان تعيينا لحصة العامل وبقي الباقي على حكم الاصل واما
اذا قال النصف لي لم يقتض ذلك كون النصف الاخر لغيره بل هو باق على حكم الاصل ايضا فيبطل العقد ويحتمل
الصحة وحمل النصف الاخر على انه للعامل نظرا الى عدم الفرق بين الصيغتين عرفا وعملا بمفهوم التخصيص و
يضعف بعدم استقرار العرف على ذلك وضعف دلالة المفهوم والاجود البطلان **قوله** ولو شرط لغلامه حصة معهما
صح عمل الغلام ام لم يعمل ولو شرط لاجنبي وكان عاملا صح وان لم يكن عاملا فسد وفيه وجه اخر الاصل في الربح ان
يكون بين العامل والمالك خاصة على ما شرطاه فلا يصح جعله لاجنبي ولو فرض كونه عاملا كان بمنزلة العامل

المتعدد فلا يكون اجنبيا واما شرط حصة لغلام احدهما الرق فهو كشرطه لمالكه فيصح لان العبد لا يملك شيئا ولو قلنا بملكه كان
كالاجنبي وحيث يشترط للاجنبي شرط عمل فلا بد من ضبط العمل بما يرفع الجهالة وكونه من اعمال التجارة لئلا يتجافى مقتضاها
وانما وصفه بالاجنبي مع كونه عاملا لان المراد بالعامل هنا من يكون اليه التصرف في جميع ما يقتضيه العقد
وهذا المشروط له ليس كذلك بل انما شرط عليه عمل مخصوص بان يحمل لهم المتاع الى السوق او يدلل عليه ونحو ذلك من الاعمال
الجزئية المضبوطة فلو جعل عاملا في جميع الاعمال كان العامل الذي هو احد اركان العقد متعددا وهو غير محل الفرض وبهذا
يندفع ما قيل من ان شرط العمل ينافي كونه اجنبيا والوجه الاخر الذي اشار اليه المصنف ره في الاجنبي قيل انه اذا شرط للاجنبي يصح
الشرط وان لم يعمل لعموم المؤمنون عند شروطهم واوفوا بالعقود وقيل ان المشروط يكون للمالك حيث لم يعمل جمعا بين الاصل
لئلا يخالف مقتضى العقد وعموم العامل على ان له ما شرط له خاصة وهذا الوجه لم يذكره غيره وليس بمعروف فلذلك جعل
فيه التردد قوله ولو قال لك نصف ربحه صح وكذا لو قال لك ربح نصفه المشهور صحة القراض في الصورتين وانه لا فرق
بينهما من حيث المعنى لان النصف لما كان مشاعا فكل جزء من المال اذا ربح فنصف ربحه للعامل ونصفه للمالك بمقتضى الشرط
وخالف في ذلك الشيخ ره في احد قوليه فجعل الثاني باطلا لمنافاته مقتضى القراض من ان ربح كل جزء بينهما وهنا قد شرط
ربح النصف الواحد للمالك لا يشاركه فيه العامل والاخر بالعكس ولانه قد يربح نصفه خاصة فيختص به احدهما او يربح اكثر من
النصف فلا يكون الحصة معلومة واجيب بان الاشارة ليست الى نصف معين بل مبهم فاذا ربح احد النصفين فذلك الذي
ربح هو المال والذي لم يربح لا اعتداد به وحيث كان النصف مشاعا فكل جزء منه له ربح نصفه قوله ولو قال لاثنين
لكما نصف الربح صح وكانا فيه سواء ولو فضل احدهما صح ايضا وان كان عملهما سواء اما تساويهما مع الاطلاق فلاقتضائه
الاشتراك والاصل عدم التفضيل ولانه المتبادر منه عرفا كما مر في قوله بيننا واما مع التفضيل فهو صحيح عندنا وان اختلف
عملهما لان غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير وامر الحصة على ما يشترطانه مع ضبط مقدارها ولان عقد الواحد
مع اثنين كعقدين فيصح كما لو قارض احدهما في نصف المال بنصف الربح والاخر في نصفه الاخر بثلث الربح فانه جائز اتفاقا
خلافا لبعض العامة حيث اشترط التسوية بينهما في الربح مع استوائهما في العمل قياسا على اقتضاء شركة الابدان ذلك والاصل
والفرع عندنا باطلان قوله ولو اختلفا في نصيب العامل فالقول قول المالك مع يمينه لانه منكر للزائد ولان الاختلاف في
فعله وهو ابصر به ولان الاصل تبعية الربح للمال فلا يخرج عنه الا ما اقر المالك بخروجه وهذا مع عدم ظهور الربح اما معه
فظاهر العبارة انه كذلك لعين ما ذكر وربما استوجه بعض المحققين التحالف لان كلا منهما مدع ومدعى عليه فان المالك يدعي
استحقاق العمل الصادر بالحصة الدنيا والعامل ينكر ذلك فيجيء القول بالتحالف لان ضابطه كما سلف في البيع ان ينكر كل واحد
ما يدعيه الاخر بحيث لا يتفقان على امر ويختلفان فيما زاد عليه وهو ضعيف لان نفس العمل لا يتناوله الدعوى لانه بعد
انقضائه لا معنى لدعوى المالك استحقاقه وكذا قبله لان العقد الجائز لا يستحق به العمل وانما المستحق المال الذي اصله للمالك
وحقيقة النزاع فيه فيجري فيه ما تقدم من الاصول قوله ولو دفع قراضا في مرض الموت وشرط ربحا صح وملك العامل الحصة
لا فرق في ذلك بين كون الحصة المشروطة للعامل بقدر اجرة المثل وازيد اذ لا تفويت في ذلك على الوارث حتى يعتبر من الثلث
فان المتوقف على اجازته او نفوذه من الثلث هو ما يتبرع به المريض من المال الموجود حالة التبرع وهنا ليس كذلك لان الربح
امر معدوم متوقع الحصول وليس مالا للمريض وعلى تقدير حصوله فهو امر جديد حصل بسعي العامل وحدث على ملكه بعد
العقد فلم يكن للوارث فيه اعتراض قوله ولو قال العامل ربحت كذا ثم رجع لم يقبل رجوعه وكذا لو ادعى الغلط اما لو قال

خسرت او قال ثم تلف الربح قبل تمام يقبل قوله في الاولين لان انكاره تكذيب لاقراره الاول فلا يسمع كما في رجوع كل مقر ولا فرق
بين ان يظهر لدعواه الكذب اولا وجها كما لو قال كذبت ليترك المال في يدي او لا خلافا لبعض العامة حيث قبل قوله في الاول لان
ذلك واقع في بعض المعاملين لاجل هذا الغرض واما قبول قوله خسرت او تلف الربح فلانه امين هذا اذا كانت دعوى الخسران في
موضع يحتمل بان عرض في الاسواق كساد ولو لم يحتمل لم يقبل نبه عليه في التذكرة قوله والعامل يملك حصته من الربح بظهوره
ولا يتوقف على وجوده ناضا هذا هو المشهور بين الاصحاب بل لا يكاد يتحقق فيه مخالف ولا نقل في كتب الخلاف عن احد من
اصحابنا مخالفته ووجهه مع ذلك اطلاق النصوص بملك العامل ما شرط له من الربح وهو متحقق قبل الانضاض وقبل
القسمة ولان سبب الاستحقاق هو الشرط الواقع في العقد فيجب ان يثبت مقتضاه متى وجد الربح كما يملك عامل المساقاة
حصته من الثمرة بظهورها ولان الربح مع ظهوره مملوك فلا بد له من مالك ورب المال لا يملكه اتفاقا ولا يثبت احكام الملك
في حقه فيلزم ان يكون للعامل اذ لا مالك غيرهما اتفاقا ولان العامل يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكا لانها فرع الملك ولا يكفي
في استحقاقها مجرد العلاقة لا صلاح ليست قسمة حقيقية واطلاقهم يقتضي انها حقيقية ولانه لو لم يكن مالكا بالظهور لم يعتق
عليه نصيبه من ابيه لو اشتراه والتالي باطل بحديث محمد بن قيس عن الصادق عليه السلام قال قلت له رجل دفع الى رجل
الف درهم مضاربة فاشترى اباه وهو لا يعلم قال يقوم فان زاد درهما واحدا عتق واستسعى في مال الرجل والمقتضي للعتق
انما هو دخوله في ملكه ونقل الامام فخر الدين عن والده ان في هذه المسألة اربعة اقوال ولكن لم يذكر القائل باحدها احدها
انه يملك بمجرد الظهور وثانيها انه يملك بالانضاض لانه قبله غير موجود خارجا بل مقدر موهوم والمملوك لا بد ان يكون محقق
الوجود فيكون الظهور موجبا لاستحقاق الملك بعد التحقق ولهذا يورث عنه ويضمن حصة من اتلفها سواء المالك والاجنبي
وثالثها انه انما يملك بالقسمة لانه لو ملك قبلها لكان النقصان الحادث بعد ذلك شائعا في المال كسائر الاموال المشتركة و
التالي باطل لانحصاره في الربح ولانه لو ملك لاختص بربحه ولان القراض معاملة جائزة والعمل فيها غير مضبوط فلا يستحق
العوض فيها الا بتمامه كما في الجعالة ورابعها ان القسمة كاشفة عن ملك العامل لان القسمة ليست من الاسباب المملكة
والمقتضي للملك انما هو العمل وهي دالة على تمام العمل الموجب للملك وفي التذكرة لم يذكر في المسألة عن سائر الفقهاء من
العامة والخاصة سوى القولين الاولين وجعل الثاني للشافعي في احد قوليه ولاحمد في احدى الروايتين وما لغيرنا في
الباقي على الاول فلا يدرى لمن نسب هذه الاقوال وهي مع ذلك ضعيفة المأخذ فاما الاول فان الربح قبل الانضاض وهو
غير موجود لان المال غير منحصر في النقد فاذا ارتفعت قيمة العرض فراس المال منه ما قابل قيمة راس المال والزائد ربح وهو
محقق الوجود ولو سلم انه غير محقق الوجود لا يقدح في كونه مملوكا فان الدين مملوك وهو غير موجود في الخارج بل هو في الذمة
او كلي هذا ما على الثاني وعلى الثالث انه لا ملازمة بين الملك وضمان الحادث على الشياع ويجوز ان يكون مالكا ويكون
ما يملكه وقاية لراس المال فيكون الملك متزلزلا واستقراره مشروط بالسلامة وكذا لا منافاة بين ملك الحصة وعدم ملك ربحها
بسبب تزلزل الملك ولانه لو اختص بربح نصيبه لاستحق من الربح اكثر مما شرط له ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه
ولان القسمة ليست من العمل في شيء فلا معنى لجعلها تمام السبب في الملك فلا وجه لالحاقها بالجعالة وقد نبه عليه
في وجه الرابع ومن ضعف ما بني يستفاد ضعف الرابع لانه مترتب عليها اذا تقرر ذلك فنقول على تقدير الملك بالظهور
فهو ليس بملك تام ولا مستقر لان الربح وقاية لراس المال فلا بد لاستقراره من امر اخر وهو اما انضاض جميع المال او
انضاض قدر راس المال مع الفسخ او القسمة او لا معها على قول قوي وبدونه يجبرها يقع من تلف او خسران سواء كان الربح

والخسران في سنة واحدة ام سنتين وفي صفقة ام اثنتين وفي سفر ام سفرات لان معنى الربح هو الفاضل عن راس المال في
نفس ذلك العقد فاذا لم يفضل شيء فلا ربح وهو محل وفاق وسياتي بعض احكام ذلك **قوله** والعامل امين لا يضمن ما يتلف
الا عن تفريط او خيانة المراد بالخيانة ما يعبر عنه في نظائره بالتعدي فان استعمال شيء من مال القراض واكله على غير وجهه
والنفاقه كذلك يقال له خيانة للمالك وتعدي للحد الذي قرره الشارع والفرق بينها وبين التفريط ان التفريط عدمي وهو
ترك ما يجب فعله وهما وجوديان لانه ايضا في فعل ما يجب تركه **قوله** وقوله مقبول في التلف لا فرق في ذلك بين دعواه تلفه
بامر خفي كالسرق او ظاهر كالحرق ولا بين امكان اقامته البينة عليه وعدمه عندنا لكونه امينا فيقبل قوله فيه كسائر الامنا
بل يقبل من الغاصب كما سياتي ان شاء الله فهنه اولى **قوله** وهل يقبل في الرد تردد اظهره انه لا يقبل وجه عدم القبول انه
لا مالة عنده ولان المالك منكر فيكون القول قوله كما ان العامل في ذلك يدعي فعليه البينة وبثبوت التخصيص في مثل
دعوى التلف لا يقتضي ثبوته مطلقا والقول الاخر للشيخ ره ان القول قول العامل لانه امين كالمستودع ولما في
تقديم قوله من الضرر لجواز كونه صادقا فتكليفه بالرد ثانيا تكليف بما لا يطاق والجواب بمنع كلية قبول قول كل امين و
بالفرق بينه وبين المستودع فانه قبض لنفع نفسه والمستودع قبض لنفع المالك وهو محسن محض فلا يناسب اثبات
السبيل عليه بعدم قبول قوله لما فيه من الضرر والضرر اللاحق للعامل من عدم قبول قوله مستندا الى الحكم الشرعي فلا يمتنع
والتكليف بما لا يطاق ممنوع بما سياتي ذكره في المسئلة بحث وهو انه اذا لم يقبل قوله في الرد يلزم تخليده الحبس لو اصر على
انكاره خصوصا مع امكان صدقه وقد تخرج جواب ذلك في الغاصب حيث يدعي التلف فكيف بثبوته في الامين الا ان يحمل
على مواخذته ومطالبته به وان ادت الى الحبس للاستظهار به الى ان يحصل الياس من ظهور العين ثم يوخذ منه البدل
للحيلولة الا ان مثل هذا ياتي في دعوى التلف خصوصا من الغاصب وليس في كلامهم منقح لهذا المحل فينبغي النظر فيه
قوله اذا اشترى من ينعتق على رب المال فان كان باذنه صح وينعتق فان فضل شيء من المال عن ثمنه كان الباقي قراضا
ولو كان في العبد فضل ضمن رب المال حصة العامل والوجه الاجرة لما كان مبنى عقد القراض على طلب الربح فكل تصرف
ينافيه يكون باطلا ومن جملته شراء من ينعتق على المالك لانه تخسير محض فضلا عن عدم اشتماله على الغرض المقصود من
العقد فان اذن المالك في شرائه صح كما لو اشتراه بنفسه او وكيله وعتق على المالك وبطلت المضاربة في ثمنه لانه بمنزلة
التالف فصار الباقي راس المال ان كان والا بطلت المضاربة كما لو تلف جميع مالها هذا اذا لم يكن في العقد ربح حين الشراء
فان كان فيه ربح فهل يستحق العامل حصته في العبد ام يكون له الاجرة قولان مبنيان على وقت ملكه للحصة فان
جعلناه بالانضاض او القسمة فلا اشكال في عدم استحقاقه هنا لانتفائهما وان جعلناه بالظهور كما هو المشهور المنصور
احتمل كونه كذلك كما اختاره المصنف لبطلان المضاربة بهذا الشراء لعدم كونه من متعلق الاذن فان شراء المضاربة
ما يقتضي التقليب والبيع وطلب الربح مرة بعد اخرى وهو منتف هنا لكونه مستعقبا للعتق فاذا صرف الثمن فيه
بطلت فضمن المالك للعامل اجرة المثل كما لو فسخ المالك بنفسه ويحتمل ثبوت حصة العامل في العبد لتحقق الملك
بالظهور ولا يضيع نصيبه عتقه القهري لصدوره باذن المالك فكانه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح والتلفها فيعتق
وتسري على العامل مع يسار المالك ان قلنا بالسراية في مثله من العتق القهري او مع اختيار الشريك السبب ويغرم له
نصيبه مع يساره والا استسعى العبد فيه والاول اقوى لان هذا الشراء ليس من متعلق العقد كما قررناه فان قيل
استحقاق العامل الاجرة انما هو في العمل المحسوب للمضاربة فاذا قلتم ان هذا ليس من اعمالها بل خلاف مقتضاها

يجب ان

يجب ان لا يستحق العامل شيئا قلنا استحقاق الاجرة ليس مقصورا على هذا العمل وحده بل عليه وعلى ما تقدمه من الحركات والسعي وغيره
من المقدمات من حين العقد الى الان لان ذلك كله من متعلقات العقد وقد فسخ باختيار المالك الذي هو في قوة فسخه فيثبت
للعامل عليه الاجرة كما اذا فسخ المالك قبل ان يشتري العامل وبعد ان يسعى ويسافر ويعمل ما شاكل ذلك من المقدمات واما هذا
العقد فانه وان لم يكن من مقتضيات العقد لكنه عمل ماذون به من المالك من فاعل معد نفسه للعمل بالعوض فيجب ان يثبت له
اجرة مثله مضافا الى ما تقدم وعلى تقدير انحصار العمل من حين العقد فيه فنفيه الاجرة ان كان مثله مما يحتمل الاجرة والا فلا ويحكم الحكم
وغيره بالاجرة لا يبعد عن ابين من ذلك بل المراد ان كان العمل مما له اجرة فان الاحالة على اجرة المثل يقتضي ان للمثل اجرة قطعا وبهذا
يحصل الفرق بين عمل هذا العامل وعمل الوكيل الذي مبنى عمله على التبرع والاجرة ليست من مقتضياته بخلاف القراض فان مبني
على طلب العوض على عمله من حصة او اجرة **قوله** وان كان بغير اذنه وكان الشراء بعين المال بطل وان كان في الذمة وقع الشراء
للعامل الا ان يذكر رب المال اذا وقع الشراء المذكور بغير اذن المالك فلا يخلو اما ان يكون الشراء بعين المال او في الذمة وعلى التقديرين فاما
ان يكون عالما بالنسب والحكم الشراء المذكور او جاهلا بهما او باحدهما خاصة فالصور ثمان وعلى تقدير الشراء في الذمة اما ان يذكر المالك
للبايع لفظا او ينوي الشراء له خاصة او يطلق ونيته نفسه خارجة من هذا المقام والمصنف لم يفرق في الاطلاق كلامه بين العالم بالنسب
والحكم والجاهل وخلاصة القول في ذلك انه ان اشترى بعين المال بطل ان لم يقع لانما لكنه يكون فضوليا يقف على الاجازة
مع احتمال ان يريد بالبطلان حقيقته نظرا الى النهي عن الشراء المذكور من حيث منافاته لغرض القراض واشتماله على الاتلاف
المحض ويضعف بان غايته التصرف في مال المالك بغير اذنه وذلك هو الفضولي بعينه والنهي فيه لا يبلغ حد الفساد كما تقدم
هذا مع علمه بالنسب والحكم اما مع جهله فيحتمل كونه كذلك لان الاذن في هذا الباب انما ينصرف الى ما يمكن بيعه وتقليبه في
التجارة للاسترباح ولا يتناول غير ذلك فلا يكون ما سواه ماذونا فيه والتباس الامر ظاهرا لا يقتضي الاذن غايته انه غير اثم
لجهله وهذا هو الذي دل عليه اطلاق المصنف ويحتمل صحة البيع ويحكم بعتقه على المالك قهرا ولا ضمان على العامل لان العقد
المحكوم لا يقتضي شراء ما ذكر بحسب الظاهر لا في نفس الامر لاستحالة توجه الخطاب الى الغافل لاستلزامه تكليف ما لا يطاق و
كما لو اشترى معيبا لم يعلم بعيبه فتلف بذلك العيب والفرق بين المعيب والمتنازع بجواز شراء المعيب اختيارا دونه لا يدفع
فيما نحن فيه لان الكلام في حالة لا ربح فيها كالعيب المفروض الذي ياتي على النفس والحال انه جاهل به وافتراقه عنه في حالة
اخرى لا دخل له في الحكم وكذا القول بان التكليف الغافل وما لا يطاق انما يقتضيان عدم الاثم لا صحة العقد لحكمهم بصحة
العقود التي بطن فيها الربح وان ظهرت على خلاف ذلك بل على ضده فليكن هنا كذلك فالحكم موضع اشكال ويقوى الاشكال
في جاهل احدهما خصوصا جاهل الحكم لانه غير معذور لعتقه على التحفظ فان العلم مقدم هنا اما جاهل النسب فمعذور كما
تقدم وان اشترى في الذمة لم يقع للمضاربة لما تقدم من عدم تناول الاذن لها لكن ان كان ذكر المالك لفظا فهو فضولي وان
نواه خاصة وقع للعامل ظاهرا ويبطل باطنا فلا يعتق ويجب عليه التخلص منه على وجه شرعي اذ ليس ملكا له في نفس الامر
للتقييد الصارف عنه وان اطلق وقع له مطلقا **قوله** اذا كان المال لامرأة فاشترى زوجها فان كان باذنها بطل النكاح وان
كان بغير اذنها قيل يصح الشراء وقيل يبطل لان عليها في ذلك ضررا وهو اشبه لا شبهة في صحة الشراء اذا كان باذنها لان الضرر
جاء من قبلها ويبطل النكاح لا محالة لامتناع اجتماع الملك والنكاح على ما هو محقق في بابه وان كان بغير اذنها فقد نقل
المصنف فيه قولان احدهما الصحة والقائل به غير معلوم ووجهه انه اشترى ما يمكن فيه طلب الربح فيه ولا يتلف به راس المال
فجاز كما لو اشترى غيره والثاني بطلان الشراء لما ذكره المصنف من العلة وهي حصول الضرر على المالك بذلك

دليلا على عدم الرضا وتقييدا لما اطلقت من الاذن بدليل منفصل عقلي او نحوه وينبغي على هذا ان يكون موقوفا على اجازتها
اذا قلنا بتوقف عقد الفضولي عليها ويحتمل ان يريد به قائله البطلان مطلقا لما ذكر من القرينة المقيدة وح
يصير الاقوال ثلثه وقد نقلها العلامة كذلك وان كان القايل بها غير محرر والاقوى البطلان مع عدم الاجازة اذ تقرر
ذلك فعلى القول بالبطلان مطلقا الحكم واضح وعلى توقفه ان ابطلته فكذلك وان اجازته بطل النكاح ولم يضمن
العامل ما فاتها من المهر والنفقة لان فواته مستند الى اختيارها وعلى القول بالصحة يضمن ما فات بسببه
مع علمه بالزوجية لان التفويت جاء من قبله لكن ضمانه للمهر ظ اما النفقة فمشكل لانها غير مقدرة بالنسبة الى
الزمان ولا موثوق باجتماع شرايطها بل ليست حاصلة لان من جملتها التمكين في الزمن المستقبل وهو غير واقع
الان الا ان يقال بانه يضمنها على التدريج وهو بعيد ولهذا اختصا من ضمانه بالمهر على هذا القول وهو الذي
ذكره جماعة **قوله** اذا اشترى العامل اباه فان ظهر فيه ربح انعتق نصيبه من الربح ويسعى المعتق في باقي قيمته
موسرا كان العامل او معسرا اذا اشترى العامل بمال القراض من ينعتق عليه كابيه وغيره المقرر لانه موضع الرواية
فلا يخ اما ان يكون فيه حين الشراء ربح اولا فان لم يكن فاما ان يتجدد بعد ذلك فيه ربح لارتفاع السوق ونحوه اولا فان لم يكن
فيه ربح سابقا ولا لاحقا فالبيع صحيح اذ لا ضرر فيه على احدهما وان كان فيه ربح من حين الشراء فلا يخلو اما ان نقول
بان العامل يملك حصته من الربح من حين ظهوره او يتوقف على احد الامور بعده فان قلنا باحد الامور لم يعتق ايضا
فلا مانع من شرائه وان قلنا بالاول ففيه اوجه اختار المص رحمه الله اصحها وهو صحة البيع وانعتاق نصيب العامل ولا يسري
الى نصيب المالك بل يسعى العبد في باقي قيمته للمالك وان كان العامل موسرا اما صحة البيع فلوجود المقتضي وهو صدوره
من جايز التصرف على وجهه وانتفاء المانع اذ ليس الا حصول الضرر على المالك وهو منتف ههنا لان العتق انما هو على
العامل دون المالك واما عتق نصيب العامل فلاختياره السبب المفضي اليه كما لو اشتراه بماله واما عدم سريان العتق على
العامل مع يساره فلصحيحة محمد بن ابي عمير عن محمد بن قيس عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل دفع الى رجل الف درهم
مضاربة فاشترى اباه وهو لا يعلم قال يقوم فان زاد درهما واحدا انعتق واستسعى في مال الرجل اطلق الحكم بالاستسعاء من
غير سوال عن حال العامل هل هو موسر او معسر وترك الاستفصال في ذلك دليل العموم وليس السوال عن محل معين لاحتمال كونه
عليه السلام عالما بحاله بل عن مطلق يحتمل الامرين ولان التقويم عليه على خلاف الاصل اذ هو شغل الذمة بريئة فيقتصر فيه
على موضع الوفاق والوجه الثاني الحكم بحاله الا انه يقوم على العامل مع يساره لاختياره السبب وهو موجب لشرائه لان
اختيار السبب اختيار للمسبب كما سياتي انشاء الله تع وحملت الرواية على اعسار العامل جمعا بين الادلة او على تجدد الربح
بعد الشراء كما سياتي والثالث بطلان البيع لانه مناف لمقتضى القراض اذ الغرض هو السعي للتجارة التي يقبل التقليب
للاسترباح وهذا الشراء يتعقبه العتق له بنافي ذلك فيكون مخالفا للتجارة فيكون باطلا لعدم الاذن فيه او موقوفا على الاجازة
ولا يخ من قوة لولا اطلاق الرواية وان لم يكن فيه ربح حال الشراء ثم ظهر بارتفاع بني على الاقوال كما مر فان قلنا بملكه بالظهور
عتق نصيب العامل ايضا قطعا لحصول المقتضي لكن هل يسري عليه لو قلنا به في السابق وجهان احدهما العدم لانه به لاختياره
السبب وهو الشراء اذ لولاه لم يملك شيئا بارتفاع السوق ولا دخل لاختياره فيه فلا يكون مختارا للسبب لان جزؤه غير
مقدور ولكن اطلاق الرواية السابقة يتناوله فانه يشمل ما لو كان الربح موجودا حال الشراء ومتجددا بعده وقد ترك الاستفصال الاستنصال بدل
ايضا والوجه الثاني عدم السراية لعدم اختياره السبب كما تقدم من مطاوي السابق والاول قوي لولا معارضه

الطلاق

اطلاق الرواية وهذا هو الذي في المختلف والقرينة الحكم بالعتق من غير نظر الى تجدد الربح ووجوده وعدم السراية على العامل مطلقا ح
معتذرا باطلاق النص ولذلك كان متنافيا لما سياتي من القاعدة في بابه **قوله** اذا فسخ المالك صح وكان للعامل اجرة المثل الى ذلك الوقت
ولو كان بالمال عروض قيل كان له ان يبيع ان الوجه المنع الى قوله والوجه انه لا يجب اذا فسخ عقد القراض فلا يخلو اما ان يكون فسخه
من المالك او من العامل او منهما او من غيرهما كعروض ما يقتضي الانفساخ من موت وجنون وغيرهما وعلى كل تقدير فاما ان يكون
المال ناضا كله او نقص راس المال او بجميعه عروضا او بعضه دون ذلك وعلى التقادير الستة فاما ان يكون قد ظهر ربح ولو
بالقوة لوجود من يشتري بزيادة عن القيمة اولا فهذه اقسام المسئلة وهي اثنتان وثلثون ولكن حكمها يختلف يحتاج الى
التفصيل والمص رحمه الله ذكر حكم ما لو كان الفسخ من المالك مع بعض اقسامه كما ترى وجملة احكامها ان المال ان كان ناضا ولا ربح فيه
فالمالك ولا شيء للعامل الا ان يكون الفسخ من قبله فعليه اجرة العامل لمثل ما عمل على ما يقتضيه اطلاق المص رحمه الله لانه عمله
محترم صدر باذن المالك لا على وجه التبرع بل في مقابلة الحصة وقد فاتت بسببه بفسخ المالك قبل ظهور الربح فيتحقق اجرة المثل
الى حين الفسخ ويشكل بانه لم يقدم الا على الحصة على تقدير وجودها ولم يوجد فلا شيء له وللمالك تسلط على الفسخ حيث
شاء ويمكن دفعه بانه انما جعل له الحصة خاصة على تقدير استمراره الى ان يحصل وهو يقتضي عدم عزله قبل حصولها فاذا فات
تقديرها عليه فيجب عليه اجرته كما اذا فسخ الجاعل بعد الشروع في العمل ومنه وفيه نظر لان رضاهما بهذا العقد قد وقع
على مقتضاه ومنها جواز فسخه في كل وقت والاجرة لا دليل عليها وهذا البحث ات فيما لو فسخ المالك قبل الانضاض ايضا
وان كان قد ظهر ربح والحال انه بعد الانضاض اخذ العامل حصته منه وان فسخ خاصة اتفاقا وان كان الفسخ قبل الانضاض
ولم يظهر ربح اخذه المالك ان شاء وهل للعامل ان يبيعه لو اراد من دون رضاء المالك قولان مبناهما كونه ملك المالك
فلا يجبر على بيعه والغرض عدم تعلق حق العامل به حيث لا ربح ومن تعلق حق العامل به واحتمال وجود زبون يزيد
في الثمن فيحصل الربح وضعف الاخير ظ نعم لو كان الزبون المذكور موجودا بالفعل توجه الجواز لانه في قوة ظهور الربح
ولو انعكس الحال بان طلب المالك منه انضاض المال ولا ربح فيه ففي اجبار العامل عليه قولان من ظاهر قوله صلى الله عليه وآله
على اليد ما اخذت حتى تؤدي وقد اخذه نقدا فيجب رده اليه ولحدوث التغير في المال بفعله فيجب رده كما كان ومن وقوع
التغير باذن المالك واصالة البراءة من عمل لا عوض عليه بعد ارتفاع العقد ولعله اقوى وان كان قد ظهر ربح والحال انه قبل
الانضاض وقلنا بملكه بالظهور فان اتفقا على اخذ حصته منه بغير انضاض فلا بحث والا فان طلب المالك انضاضه وجب
على العامل اجابته لان استحقاقه الربح وان كان ثابتا بظهوره لان استقراره مشروط بالانضاض وربما حصل عروض ما
ينتقض سقوطه وان طلب العامل البيع خاصة ففي وجوب اجابة المالك له وجهان مما ذكرنا من امكان ومن ان العامل الى حقه
بقيمة العروض واسقاط باقي العمل عنه تخفيف عن المالك لانه حقه فلا يكلف الاجابة الى بيع ماله بعد فسخ العامل
وان حال العامل لا يزيد على حال الشريك ومعلوم انه لا يكلف شريكه اجابته الى البيع ومن وجوب تمكين العامل من
الوصول الى غرضه الحاصل بالاذن وربما لم يوجد راغب في شراء بعض العروض او بعض يكن بنقصان الربح يحصل بن
مشتري بان يغير بيع الربح ولا ريب ان للعامل مزية على الشريك من حيث ان حقه يظهر بالعمل والربح عوضه ولو قلنا
بتوقف ملكه على الانضاض او غيره فوجوب اجابته ابعد وموضع الاشكال ما اذا طلب العامل البيع في الحال اما لو طلب
العامل البيع في الحال تاخيره الى وقت متاخر كموسم متوقع فليس له ذلك قطعا للضرر ولو كان الفسخ في هذه الصورة
العامل فالحكم كذلك الا ان استحقاقه الاجرة لو كان ناضا لا ربح فيه ابعد وكذا وجوب اجابة المالك له الى [illegible] البيع

لان المانع من قبله وفي التذكرة المنع الحكم بثبوت الاجرة له لو فسخا العقد او احدهما وكان ناضا ولا ربح ولو كان بعضه ناضا فالح
كان قدر راس المال اتجه عدم اجبار العامل على انضاض الباقي ليرجع المالك الى ماله كما كان واولى منه لو كان اربح ولو كان اقل من
حيان انضاضه على انضاض قدره لو قلنا باجباره على الانضاض فيما سبق وفي اكثر هذه الفروع اشكال من عدم نص على التعيين
وتعارض الوجوه الدالة على الحكم وجلها ما قد رايت قوله ولو كان سلفا عليه جنايته قد عرفت ان العامل ليس له البيع
بالدين الا مع الاذن وكذا الشراء نسيئة كالسلف مع عدم اذن المالك فيه يكون الثمن مضمونا على العامل ولا كلام فيه هنا
وانما الكلام فيما اذا اذن فيه وقد اطلق المصنف وجماعة وجوب جنايته على العامل وكذا عزم من الدين المأذون فيه لاقتضا
المضاربة رد راس المال على صفته والدين لا تجري مجرى المال ولان الدين ملك ناقص والذي اخذه كان ملكا تاما فليؤد كما
اخذ نظامه على اليد ما اخذت حتى تؤدي وربما احتمل عدم الوجوب لمنع كون المضاربة كما ذكر والحال ان الادانة باذن المالك و
لاصالة براءة الذمة من وجوبه ويضعف بان اذن المالك فيه انما كانت على طريق الاستيفاء لا مطلقة بدلالة القرائن ولا نقضا
الخبر خالد وان قلنا فيما سبق بجواز اجباره على بيع العروض فهنا اولى قوله وكذا لو مات رب المال وهو عروض كان له البيع
الا ان يمنعه الوارث وفيه قول الحكم هنا مبني على ما سلف من الفسخ فان الموت من جملة اسبابه فوجوب اجابة كل واحد
من العامل والوارث لو طلب الاخر فيه ما سلف من التفصيل والقول الاخر هنا انه ليس للعامل البيع وان لم يمنعه الوارث
لان المال حق لغيره من اذن فيه اولا فلا يجوز التصرف فيه الا باذنه لبطلان العقد وهو متوجه قوله اذا قارض العامل
غيره فان كان باذنه وشرط الربح بين العامل الثاني والمالك صح ولو شرط لنفسه لم يصح لانه لا عمل له اذن المالك للعامل في
المضاربة قد يكون بمعنى جعل العامل هو الثاني والعامل الاول اذا اراد ذلك بمنزلة وكيل المالك وقد يكون بمعنى ادخال من
شاء معه وجعلهما عاملين وقد يكون بالاعم منهما ومراد المصنف هنا الاول ومن ثم لم يجعل يصح ان يجعل له شيئا من الربح لانه
ليس بعامل وقد تقدم ان مقتضى عقد القراض كون الربح بين المالك والعامل ولا فرق في هذه الصورة بين جعل الحصة للعامل
الثاني بقدر حصة الاول ودونها لان النقصان هنا وان كان بسعي العامل الاول فليس بعمل من اعمال التجارة التي يستحق
به حصة ولو كانت الاذن بالمعنى الثاني او بالاعم وجعل الثاني شريكا له في العمل والحصة بينهما صح لانتفاء المانع في
الاول وهو عدم العمل قوله ولو كان بغير اذنه لم يصح القراض الثاني فان ربح كان نصف الربح للمالك والنصف
الاخر للعامل الاول وعليه اجرة الثاني وقيل للمالك ايضا وقيل بين العاملين ويرجع على الاول بنصف الاجرة والاول
حسن اذا عامل العامل بغير اذن المالك وسلمه المال فلا يخلو اما ان يبقى المال في يد الثاني موجودا او يتلف وعلى التقديرين
اما ان يظهر ربح او لا ثم اما ان يكون الثاني عالما بان الاول غير مالك للمال ولا ماذون له في ذلك او لا ثم اما ان يجيز المالك
العقد الثاني او يرده فان لم يجزه بطل ورجع في ماله ان وجده باقيا ولا ربح فيه وان وجده تالفا تخير في الرجوع على ايهما
شاء لتعاقب ايديهما على ماله فان رجع على الاول رجع على الثاني مع علمه لاستقرار التلف في يده لا مع جهله على الاقوى
لغروره وحصوله على انه امانة وان رجع على الثاني مع علمه لاستقرار التلف في يده لا مع جهله لم يرجع على الاول مع علمه
ويرجع مع جهله على الاقوى وان وجده باقيا وقد ربح فنصف الربح للمالك بغير اشكال واما النصف الاخر ففيه اقوال
احدها ما اختاره المصنف من انه للعامل الاول لوقوع العقد الصحيح معه فيستحق ما شرط وعقده مع الثاني فاسد
فلا يتبعه [illegible] وعلى هذا فللثاني اجرة مثل عمله على الاول لانه غره وهذا يتم مع جهل الثاني لا مع علمه وفيه مع ذلك
ان ا[illegible] بغير المال والحال انه غير ماذون من المالك فهو فضولي فينبغي ان يقف على اجازته فان اجازه

فالجميع له لان

فالجميع له لان العامل الاول لم يعمل شيئا والثاني في غير ماذون وان كان في الذمة ونوى الشراء للمالك فكذلك والا وقع لمن
نواه ولنفسه ان اطلق فلا يتم ما اطلق في هذا القول وثانيها ان النصف الاخر للمالك ايضا لان العامل الاول لم يعمل شيئا والثاني
عقده فاسد ولا بد من تقييده بما ذكرناه وعلى هذا فاجرة الثاني على الاول مع جهله لا على المالك لعدم امره وثالثها ان النصف
بين العاملين بالسوية اتباعا للشرط خرج منه النصف الذي اخذه المالك فكانه تالف وانحصر الربح في الباقي وعلى هذا
فيرجع العامل الثاني على الاول بنصف اجرته لانه دخل على نصف الربح بتمامه ولم يسلم له الا نصفه ويحتمل هنا عدم الرجوع
لان الشرط محمول على اشتراكهما فيما يحصل ولم يحصل الا النصف هذا كله مع جهل الثاني ليتم التوجيه وهذه الاقوال ليست
لاصحابنا ولا نقلها احد ممن نقل الخلاف وان كان ظاهر العبارة بقيل وقيل يشعر به وانما هي وجوه للشافعية موجهة ذكرها
المصنف والعلامة في كتبه ونقل الشيخ في ط قريبا منها بطريقة اخرى غير منقحة والمهم وجه رابع ان جميع النصف للعامل
الثاني عملا بالشرط ولا شيء للاول اذ لا مال له ولا عمل والتحقيق في هذه المسألة المرتب على اصولنا ان المالك ان اجاز العقد
فالربح بينه وبين الثاني على الشرط وان لم يجزه بطل ثم الشراء ان كان بالعين وقف على اجازة المالك فان اجاز فالملك له خاصة
ولا شيء لهما في الربح اما الاول فلعدم العمل واما الثاني فلعدم الاذن له وعدم وقوع العقد معه وللثاني اجرة عمله على الاول مع جهله
لا مع علمه وان كان الشراء في الذمة ونوى صاحب المال فكذلك وان نوى عامله وقع الشراء له لانه وكيله وان لم ينو شيئا او
نوى نفسه فالعقد له وضمان المال عليه لتعديه بمخالفة مقتضى المضاربة وحيث لا يقع العقد للعامل الثاني فله الاجرة
على الاول مع جهله ان لم يتعد مقتضى المضاربة عمدا قوله اذا قال دفعت اليه مالا قراضا فانكر فاقام المدعي بينة فادعى
العامل التلف قضي عليه بالضمان وكذا لو ادعى عليه وديعة او غيرها من الامانات لان دعواه التلف مكذبة لانكاره الاول و
موجبة للاقرار به وانكاره الاول تعد في المال فيكون ضامنا وقوله قضي عليه بالضمان معناه الحكم عليه بالبدل مثلا او
قيمة لا ضمان نفس الاصل لئلا يلزم تخلده الحبس وهذه العبارة اجود من قول العلامة لم يقبل دعواه لاستلزامه عدم
القبول حبسه الى ان يدفع العين وقد يكون تالفة الا ان يتكلف بنحو ما تقدم من حبسه مدة يظهر فيه الياس من وجود
العين ولا فرق في هذا الحكم بين مال الامانات كما ذكر لوجود المقتضي في الجميع قوله اما لو كان جوابه لا يستحق عندي
شيئا وما اشبهه لم يضمن اذ ليس في ذلك تكذيب للبينة ولا للدعوى الثانية فان المال اذا تلف بغير تفريط لا يستحق عليه
بسببه شيئا وحينئذ فيقبل قوله في التلف بغير تفريط مع يمينه قوله اذا تلف مال القراض او بعضه بعد دورانه في التجارة
احتسب التالف من الربح وكذا لو تلف قبل ذلك وفي هذا تردد ظاهر العبارة ان جميع مال القراض تلف وقع جبره بالربح بعد
الدوران مكررا اما قبله فانه يوجب بطلان العقد فلا يمكن جبره الا ان يحمل على ما لو اذن له في الشراء في الذمة فاشترى ثم
تلف المال ونقد عنه الثمن فان القراض مستمر ويمكن جبره ح بالربح المتجدد ولو كان التالف بعض المال امكن جبره على التقديرين
ووجه التردد فيما لو كان تلفه قبل الدوران من ان وضع المضاربة على ان الربح وقاية لراس المال فلا يستحق العامل ربحا
الا بعد ان يبقى راس المال بكماله لدخوله على ذلك وعدم دورانه لا مدخل له في الحكم بخلافه ومن ان التلف قبل الشروع في التجارة
يخرج التالف عن كونه مال قراض والاقوى عدم الفرق لان المقتضي لكونه مال قراض هو العقد لا دورانه في التجارة فمتى تحقق
بقاء العقد ثبت الربح جبرها تلف مطلقا والمراد بدوران المال في التجارة التصرف فيه بالبيع والشراء لا مجرد الشروع قبل
ذلك واطلاق المصنف الجبر مع تلفه بعد الدوران يشمل ما لو تلف بافة سماوية وبغصب غاصب وسرقة سارق وغير
ذلك ووجه الاطلاق ان الربح وقاية لراس المال فما دام المال لا يكون موجودا بكماله فلا ربح وربما قيل باختصاص

مما لا يتعلق فيه الضمان بذمة المتلف لانه ح بمنزلة الموجود فلا حاجة الى جبره ولانه نقصان لا يتعلق بتصرف العامل و
تجارته بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق ونحوه والمشهور عدم الفرق ولا يخفى ان الكلام مع عدم حصول العوض من
المتلف والا كان العوض من جملة المال ويتظهر بذلك ان التلف واقع بعد الدوران وقبله الا انه ليس مطلقا بل على بعض الوجوه
قوله اذا قارض اثنان واحدا وشرطا له النصف بينهما وتفاضلا في النصف الآخر مع التساوي في المال كان فاسدا لفساد
الشرط وفيه تردد وجه الفساد ان الربح يجب ان يكون تابعا للمال فاذا شرطا له النصف كان النصف الآخر بينهما
بالسوية فشرط التفاوت فيه يكون شرطا لاستحقاق ربح بغير عمل ولا مال ووجه التردد مما ذكر ومن ان اخذ الفاضل يكون
من حصة العامل لا من حصة الشريك لان الاصل لما اقتضى التساوي في الربح للشريكين مع التساوي في المال كان شرط التفاوت
المذكور منصرفا الى حصة العامل بمعنى ان شارط الزيادة يكون قد جعل للعامل اقل مما جعله له الآخر النقيصه وهو جائز وهذا
مع الاطلاق اما لو شرط النصف له من غير تعيين لما يتحرى كل واحد فانه كما يحتمل الصحة حملا على ما ذكرناه يحتمل البطلان فيرجح جانب
الصحة لامكان الحمل عليها ولعموم اوفوا بالعقود وهذا هو الاقوى اما لو صرح باستحقاقه من نصيب كل منهما بخصوصه نفذ
فانه يجري في صحة العقد والشرط ما سبق في الشركة من اشتراط التفاوت في الربح مع تساوي المالين وبالعكس وحيث
تبينا الصحة بعمل طالب الزيادة فيبطل هنا اذ لا عمل لها قوله اذا اشترى شيئا للقراض فتلف الثمن قبل تسليمه لزم صاحب المال
ثمنه دائما ويكون الجميع راس ماله وقيل ان كان اذن له في الشراء في الذمة فكذلك والا كان باطلا ولا يلزم الثمن احدهما القول
الاول للشيخ في ط والثاني لابن ادريس والعلامة في بعض كتبه والاقوى هنا ما اسلفناه سابقا من التفصيل وهو انه ان كان
العامل اشتراه في الذمة والمالك اذن له في الشراء في الذمة لزم دفع الثمن ثانيا وثالثا دائما والا فان صرح بكون الشراء للمالك وقف
على اجازته فان اجاز لزمه الثمن والا بطل البيع وان لم يذكره لفظا وقع الشراء للعامل والثمن عليه ويبقى فيما لو نواه ما مر
ان كان اشتراه بعين المال فهلك قبل دفعه بطل العقد وحيث يلزم المالك الثمن ثانيا يكون الجميع راس ماله بجميعه
بالربح قوله اذا انفسخ قدر الربح فطلب احدهما القسمة فان اتفقا صح وان امتنع المالك لم يجبره فان اقتسما وبقي راس المال
معه فخسر رد العامل اقل الامرين وحتسب المالك فقد عرفت ان ملك العامل الربح قبل القسمة غير مستقر لجواز تجدد تلف وخسران
وهو وقاية للمال فمن ثم لا يجبر المالك على قسمته فان اقتسماه لم يملكها العامل ملكا مستقرا ايضا بل مراعى بعدم الحاجة
اليها لجبر الخسران وما في معناه وح فان اتفق الخسران بعد القسمة رد العامل اقل الامرين مما وصل اليه من الربح ومما يصيبه
من الخسران لان الاقل ان كان هو الخسران فلا يلزمه سوى جبر المال والفاضل له وان كان هو الربح فلا يلزمه الجبر الا به وكذا
يحتسب المالك اي يحتسب بجميع اقل الامرين الذي من راس المال ما اخذه هو والعامل وما بقي ان احتج اليهما هنا هو الظاهر من
عبارة المصنف وغيره والمناسب لوجه الحكم والشهيد رحمه الله في هذا ونظائره من عبارات العلامة توجيه آخر وهو
ان يكون المردود اقل الامرين مما اخذه العامل من راس المال لا من الربح فلو كان راس المال مائة والربح عشرين فاقتسما العشرين
فالعشرين التي هي ربح شائعة في الجميع نسبتها الى راس المال نسبة السدس فالعشرين المأخوذة سدس الجميع فيكون خمسة
اسداسها من راس المال وسدسها من الربح فاذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح وهو نصف سدس العشرين
وذلك درهم وثلثان يبقى معه ثمانية وثلث من راس المال فاذا خسر المال الباقي رد اقل الامرين مما خسر ومن ثمانية وثلث هذا
خلاصة تقريره والحامل له عليه حكمهم بان المالك اذا اخذ من المال شيئا وقد ظهر ربح يحسب ما اخذه منهما على هذه النسبة
وسيأتي في الكتاب اشارة اليه وهذا الوجه ضعيف والحمل على ما ذكر فاسد لان المأخوذ وان كان شائعا الا ان المالك والعامل

اما اراد

اما اراد به الربح وحيث كان المال منحصرا فيهما فالتمييز منوط بهما ولو كان بعض في ذلك من راس المال شيء لم يصح للعامل التصرف
فيه لان المالك لم ياذن الا في التصرف في الربح ولم يقع القسمة والاتفاق الا عليه وايضا فلا وجه لاستقرار ملك العامل على ما بيده
من الربح مع اتفاقهم على كونه وقاية وان اقتسماه وايضا فتوقف رد العامل راس المال على ظهور الخسران لا وجه له لانه
لا يملك شيئا من راس المال وانما حقه في الربح واما حمله على اخذ المالك فليس ببعيد لان المالك لا ياخذ على وجه القسمة وانما ياخذ
ما بيده ملكه فلما كان فيه ربح وهو شائع دخل فيه جزء من الربح على نسبة المأخوذ فيحتسب راس المال بعد ذلك على حساب
ما بقي بعد تقسيم المأخوذ على الاصل والربح واين هذا من اخذ العامل الذي لا يستحق الا في الربح ولا يقاسم المالك الا عليه
خاصة قوله لا يصح ان يشتري رب المال من العامل شيئا من مال القراض ولا ان ياخذه بالشفعة لان مال العامل ماله فلا
يعقل ان يشتري الانسان ماله وهذا يتم مع عدم ظهور الربح اما معه وقلنا يملكه به اتجه جواز شرائه حق العامل وان كان
متزلزلا فلو ظهرت الحاجة اليه احتمل صحة البيع ولكن يلزم العامل رد قيمة ما اخذ كما لو كان قد باعها لغير المالك او اتلفها
ويحتمل بطلان البيع لان الملك غير تام بل مراعى بعدم الحاجة الى الجبر به وقد ظهر ومثله القول في الاخذ بالشفعة لانه مع عدم
ظهور الربح لا يعقل اخذ ماله بالشفعة ومعه يصير شريكا فيمكن اخذه على الوجه المذكور وليس في كلامهم تنقيح للمحل
وكذا لا يشتري من عبده القن الكلام فيه كما تقدم فان ما بيده للسيد ولا فرق بين المأذون له في التجارة وغيره نعم حكى الشيخ
ره قولا بان المأذون اذا ركبته الديون جاز للسيد الشراء منه وهو قول لبعض الحنفية لانه لا حق للسيد فيه وانما هو
حق الغرماء وفساده ظ لان استحقاق الغرماء ما في يده لا يقتضي خروجه عن ملك السيد كتعلق حق الغرماء بمال المفلس نعم
للسيد اخذ ذلك بقيمته لانه احق بماله مع بذل العوض الا ان ذلك لا يعد بيعا كما ياخذ العبد الجاني خطأ ويبذل قيمته
وذكر هذه المسألة في هذا الباب استطرادي وكذا ما بعدها قوله وله الشراء من المكاتب لان ما في يده ملك له وسلطنة المولى
قد انقطعت عنه فساوى غيره من الملاك ولهذا لو اشترى لم يكن للمولى مما في يده شيء ولا فرق في ذلك بين المطلق والمشروط
وان كان الحكم في المشروط اضعف من حيث امكان رده في الرق اجمع فيرجع ما في يده الى ملك السيد وبين كون المطلق لا ما في
يده يحسب من مال الكتابة لو احتيج اليه قوله اذا دفع مالا قراضا وشرط ان ياخذ له بضاعة قيل لا يصح لان العامل في القراض
لا يعمل ما لا يستحق عليه اجرا وقيل يصح القراض ويبطل الشرط ولو قيل بصحتهما كان حسنا القول الاول للشيخ في ط
واحتج على الاول بما اشار اليه المص من ان وضع القراض على ان يكون للعامل في مقابلة عمله جزء من الربح وهذا العمل
ليس في مقابلته شيء فيفسد الشرط ويتبعه العقد لان قسط العامل يكون مجهولا لاقتضاء الشرط قسطا من الربح وقد
بطل فيبطل ما يقابله فيجهل الحصة ووجه الثاني ان البضاعة لا يلزم القيام بها فلا يفيد اشتراطها بل يكون لاغية
لغوا فيبطل العقد ويصح العقد والاقوى ما اختاره المص من الحكم بصحتها لعموم الامر بالوفاء بالعقود وقوله صلى
الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم ويمنع من منافاة هذا الشرط لمقتضى العقد فان مقتضاه ان يكون عمله في
مال القراض بجزء من الربح اما غيره فلا فاذا شرط له عملا بجوازه لزم القول بجوازه لكن يبقى في المسألة بحث وهو ان البضاعة
لا يجب القيام بها لان مبناها على التبرع والقراض من العقود الجائزة لا يلزم الوفاء به فلا يلزم الوفاء بما شرط في عقده
لان الشرط كالجزء من العقد فلا يزيد عليه والحال ان المالك ما جعل الحصة المعينة للعامل الا بسبب الشرط فان وفي
به فلا بحث والا اشكل الامر والذي يقتضيه القواعد انه لا يلزم العامل الوفاء به وبه صرح في التذكرة فمتى اخل به تسلط
المالك على فسخ العقد وان كان قد ربح له بسبب الشرط اذ لا يمكن هنا سوى ذلك فان فسخ قبل ظهور الربح فللعامل عليه الاجرة

لما ذكرناه ولا يخلو من اشكال قوله اذا كان مال القراض مائة فخسر عشرة واخذ المالك عشرة ثم عمل بها الساعي فربح كان راس المال
تسعة وثمانين الا ثلثا لان الماخوذ محسوب من راس المال فهو كالموجود لما كان الربح انما يجبر خسران المال الذي ربح لا مطلق
الخسران فاذا اخذ المالك بعد الخسران شيئا كان من جملة راس المال فلا بد ان يخصه من الخسران شي فيسقط من اصل الخسران ويجبره
الربح الباقي فاذا فرض ان المال كان مائة فخسر عشرة واخذ المالك بعد الخسران عشرة ثم ربح المال الباقي فهذا الربح لا يجبر مجموع ذلك
الخسران لان الذي اخذه المالك من جملة المال الخاسر فقد بطل القراض فيه باخذه فلا بد من اسقاط ما يخصه من الخسران ثم يجبر
الباقي منه بالربح الجديد وبالجملة فانما يجبر الربح خسران المال الذي ربح وطريق معرفة ما يخص الماخوذ من الخسران ان يبسط الخسران
وهو عشرة على المال وهو تسعون فيصيب كل واحد تسع فيصيب العشرة الماخوذة دينار وتسع فيوضع ذلك اعني الدينار و
التسع الذي اصاب العشرة من الخسران مما بقي من اصل راس المال بعد العشرة وهو تسعون لانه لما استرد العشرة فكانه استرد نصيبها
من الخسران والضابط ان ينسب الماخوذ الى الباقي ويؤخذ للماخوذ من الخسران بمثل تلك النسبة قوله لا يجوز للمضارب ان يشتري
جارية يطاها وان اذن له المالك وقيل يجوز مع الاذن اما لو احلها بعد شرائها صح لا اشكال في تحريم وطيه بدون الاذن
لانها مال الغير فلو فعل كان زانيا بحيث عدم الشبهة كاملا ان لم يكن ظهر ربح والا فبقدر نصيب المالك واما اذا اذن له في
شراء جارية ووطيها فالحق انه كذلك لان الاذن قبل الشراء لا اثر له لان التحليل اما تمليك او عقد وكلاهما لا يصلحان قبل
الشراء فلا يبيحان وله الحصر في قوله الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم والقول بالجواز للشيخ نه في نه استنادا الى رواية
ضعيفة السند مضطربة المفهوم قاصرة الدلالة واما اذا اذن له بعد الشراء على وجهه فلا ريب في جوازه ان لم يكن
ظهر فيها ربح والا بني على تحليل احد الشريكين لصاحبه والاقوى المنع قوله اذا مات وفي يده اموال مضاربة فان
علم مال احدهم بعينه كان احق به وان جهل كانوا فيه سواء ضمير فيه يعود الى المال المجتمع من اموال المضاربة و
معنى استوائهم في ذلك المال انه يقسم بينهم على نسبة اموالهم لا انه يقسم بالسوية كما في اقتسام غيرهم من الشركاء هذا
اذا كانت اموالهم مجتمعة في يده على حدة واما اذا كان ممتزجا مع جملة ماله مع العلم بكونه موجودا فالغرماء بالنسبة
الى جميع التركة كالشريك ان وسعت التركة اموالهم اخذوها وان قصرت تحاصوا قوله وان جهل كونه مضاربة ق
قضي به ميراثا المراد ان العامل كان بيده مضاربة في الجملة ولكن لم يعلم بقاؤها ولا تلفها وبواسطة ذلك جهل كون
المال الذي بيده مضاربة اذ كما يمكن ان يكون من مال المضاربة يمكن كونه له فيحكم بكونه ميراثا عملا بظاهر اليد ولكن
مع ذلك هل يحكم بضمانه للمضاربة من حيث اصالة بقائه الى ان يعلم تلفه بغير تفريط ولعموم على اليد ما اخذت حتى
تؤدي ام لا لاصالة براءة الذمة وكونه امانة غير مضمون واصالة بقائه لا يقتضي ثبوته في ذمته مع كونه امانة وجهان
ويتخرج على الاول ان اصالة بقائه يقتضي كونه كالشريك في مال العامل حيث يشتبه ماله فيه فيقدم على غيره
من الغرماء مع احتمال كونه اسوتهم لان العامل يصير ضامنا بتركه تعيينه والوصية به فاذا لم يوجد العين كان بمنزلة
التلف والاقوى ما اختاره المصنف من عدم ثبوت شي للمالك حيث لا يعلم بقاؤه يقينا في يده الى حين موته لاصالة
البراءة واستحقاق شي من التركة موقوف على وجود سببه ومجرد المضاربة لا يصلح للسببية لان ثبوته في الذمة
موقوف على ثبوت التقصير وفي عين التركة موقوف على العلم بكونه من جملتها والاصل عدمها نعم لو علم وجوده فيها
باعتراف العامل في وقت لا يمكن تجدد تلفه فيه عادة او بشهادة عدلين فصاحبه كالشريك او علم تلفه بتقصير او
بقائه الى بعد الموت مع تقصير العامل في ترك الوصية به فصاحبه اسوة الغرماء وقد مضى مثل هذا البحث في الرهن

كتاب المزارعة

كتاب المزارعة والمساقات

قوله اما المزارعة فهي معاملة على الارض بحصة من حاصلها المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وهي تقتضي وقوعه منهما معا كما يقتضيه
باب المفاعلة لكنها في الشرع صارت معاملة على الارض بحصة من حاصلها ويمكن اثبات المفاعلة فيها ايضا كما تقدم مثله في
المضاربة لان احد المتعاملين زارع والاخر امر به فكانه لذلك فاعل نظرا الى السببية والمعاملة في التعريف بمنزلة الجنس يشمل اجارة
الارض والمساقاة لكن الاجارة خرجت بالقيد الاخير لانها لا يصح بحصة من النماء بل باجرة معلومة والمساقاة بقيد الارض
لانها معاملة على الاصول بحصة منها وان كان الارض من توابعها وقد يعبر عن المزارعة بالمخابرة اما من الخبير وهو الاكار او من
الخبارة وهي الارض الرخوة او ماخوذة من معاملة النبي صلى الله عليه وآله لاهل خيبر والمزارعة عقد مشروع عندنا اجماعا وعند
اكثر علماء اهل الاسلام ومنع منه الشافعي وابو حنيفة وبعض العامة الا في مواضع مخصوصة قوله وعبارتها ان يقول زارعتك
او ازرع هذه الارض او سلمتها اليك وما جرى مجراه مدة معلومة بحصة معينة من حاصلها المزارعة من العقود اللازمة فلا بد
فيها من الايجاب والقبول الدالين على الرضا بتسليم الارض وتسلمها للزراعة بالحصة المخصوصة وكونهما بالعربية ولا ريب في
الاجتزاء بزارعتك وسلمت اليك وقبلتك وعاملتك ونحوها من صيغ الماضي الدالة على الانشاء واما قوله ازرع هذه الارض
بصيغة الامر فان مثل ذلك لا يجزي في نظائره من العقود لكن المصنف وجماعة اجازوه هنا استنادا الى روايتي ابي الربيع الشامي
والمفضل بن سويد عن ابي عبد الله عليه السلام وهما قاصرتان عن الدلالة على ذلك فالاقتصار على لفظ الماضي اولى الحاقا له بغيره وفي
عبارة المصنف تجوز لانه قال وعبارتها كذا ولم يذكر القبول مع انه احد ركني العبارة عنها فلا بد من ذكره ولعله اشار بما ذكر الى
الاكتفاء بالقبول كما اختاره العلامة في القواعد فيجعل العبارة في الايجاب والاقوى اعتبار القبول اللفظي كغيره من العقود اللازمة
واعلم انه قد استفيد من حقيقة المزارعة ومن صيغتها ان المعقود عليه هو الارض المملوكة المنتفع بها كما سيأتي من شرائطها
ويبقى من لوازمها البذر والعمل والعوامل وهي بحسب ما يتفقان عليه في مقابلة الارض او بعضها مضافا اليها من صاحب الارض
وبعضها على العامل وصورها المتشعبة منها كلها جائزة وانه لا يشرع المزارعة بين المتعاملين اذا لم يكن الارض ملكا لاحدهما
كما في الارض الخراجية وان بقي من لوازمها ما يمكن اشتراكهما فيه لما قد عرفت ان متعلقها والمعقود عليه فيها هو الارض فلو اتفق
اثنان على المعاملة في مثل ذلك في الارض الخراجية فطريق الصحة الاشتراك في البذر بحيث يمتزج على الوجه المقرر في باب
الشركة ويجعلون باقي الاعمال بينهما على نسبة المال ولو اتفقا على زيادة عمل من احدهما نوى به التبرع ولا يرجع بالزائد ولو
اراد اجمل الحاصل مختلفا مع التساوي في البذر او بالعكس بني على ما تقرر في الشركة من جواز ذلك وقد عرفت ان المختار
جواز الزيادة في الربح للعامل من له زيادة في العمل فليلحظ ذلك او غيره من الحيل الشرعية على تسويغ هذه المعاملة
لانها متداولة في كثير من البلاد التي ارضها غير مملوكة فيحتاج فيها الى وجه مجوز ويمكن فرضه بامور منها ان يجعلا
البذر بينهما على حسب ما يتفقان عليه والنفقة على نسبة المال فان زاد احدهما واتفقا على التبرع به جاز ولا رجوع به
وقد تقدم ومنها ان يكون البذر بينهما كذلك ويصالح من له العوامل الزارع على منفعة عوامله المقابلة لحصة الزارع
بعمل الزارع المقابل لحصة الاخر مدة معلومة ومنها ان يكتري كل منهما الحصة من ذلك العمل بشي معلوم يتفقان عليه
بان يستاجرها صاحب العوامل الزارع على عمل نصيبه مدة معلومة بالف مثلا ويستاجر الزارع نصف العوامل والالات
مثلا بتبع ذلك او غيره مدة مضبوطة ولو كان البذر من احدهما خاصة فان كان من صاحب العوامل استاجر منه نصف
عمله بنصف العوامل ونصف البذر مثلا او صالحه كذلك وان كان البذر من العامل استاجر نصف العوامل مثلا بنصف

عليه ووصف البذر بشرط الضبط الرافع للجهالة في جميع ذلك والصلح يجري في الجميع كذلك قوله وهي عقد لازم لا ينفسخ الا
بالتقايل لزوم هذا العقد امر متفق عليه ولان الاصل لزوم العقد الا ما اخرجه الدليل للامر بالوفاء به وبقوله صلى الله عليه وآله
المؤمنون عند شروطهم والمراد من الحصر المستفاد من قوله لا يبطل الا بالتقايل البطلان المستند الى اختيار المتعاقدين لان
ذلك هو المفهوم عند اطلاق العقد اللازم والجائز بقرينة التقايل فانه امر اختياري ونبه عليه عطفه عدم بطلانه بالموت
بجملة مستقلة وانما احتجنا الى هذا التكلف لان هذا العقد قد يبطل بغير التقايل كانقطاع الماء وفساد منفعة الارض
ونحو ذلك قوله ولا يبطل بموت احد المتعاقدين هذا مما ترتب على لزوم العقد ولاصالة الدوام والاستصحاب فان كان
الميت العامل قام وارثه مقامه في العمل والا استأجر الحاكم عليه من ماله او على ما يخرج من حصته وان كان الميت المالك بقيت
المعاملة بحالها وعلى العامل القيام بتمام العمل وربما استثني من الاول ما اذا شرط عليه المالك العمل بنفسه فانها تبطل بموته
ويشكل لو كان موته بعد خروج الثمرة لانه حينئذ قد ملك الحصة وان وجب عليه بقية العمل فخروجها عن ملكه بعد ذلك بعيد نعم لو كان
قبله اتجه قوله ان يكون النماء مشاعا بينهما متساويا فيه او متفاضلا ولو شرطه احدهما لم يصح اي يكون مجموع النماء مشاعا بينهما
فيخرج من ذلك ما لو شرط احدهما شيئا معينا والباقي للآخر او لهما وما لو شرطه احدهما خاصة ونحو ذلك والوجه في بطلان الجميع منافاته
لوضع المزارعة قوله لو كان شرط احدهما الهرف والآخر الافل او ما يزرع على الجداول والآخر على غيرها الهرف بسكون الوسط هو
المتقدم من الزرع والثمرة يقال اهرفت النخلة اي عجلت اتاءها قاله الجوهري والافل بالسكون ايضا خلاف الهرف وهو
المتأخر عنه والجداول جمع جدول وهو هنا النهر الصغير وقد يطلق على قطعة من الارض يجمع حولها التراب وكلاهما متجه
في عدم جواز اشتراطها لان اللازم اشاعة المجموع كما مر قوله ولو شرط احدهما قدرا من الحاصل وما زاد عليه بينهما لم يصح لجواز
ان لا يحصل الزيادة لا فرق في ذلك بين كون القدر المشروط هو البذر وغيره ولا بين كون الغالب على تلك الارض ان يخرج منها
ما يزيد على المشروط عادة وعدمه لاشتراك الجميع في منافاة وضع المزارعة وكون العقد على خلاف الاصل حيث ان العوض فيه
مجهول فيقتصر فيه على موضع النقل وخالف في ذلك الشيخ في موضع وجماعة وجوزوا استثناء البذر من جملة الحاصل وفي التحرير جواز
استثناء شيء منه مطلقا والمشهور الاول قوله اما لو شرط احدهما شيئا يضمنه من غير الحاصل مضافا الى الحصة قيل يصح وقيل يبطل
والاول اشبه المشهور بين الاصحاب جواز هذا الشرط لعموم الاوامر السابقة ووجه عدم النماء الذي اشاعته بينهما من مقتضى العقد
والقول بالمنع لا نعلم القائل به وعلى القول بالجواز ان يكون قراره مشروطا بالسلامة كاستثناء ارطال معلومة من الثمرة في البيع
ولو تلف البعض سقط منه بحسابه لانه كالشريك وان كانت حصته معينة مع احتمال ان لا يسقط منه شيء بتلف البعض متى
بقي قدر نصيبه عملا باطلاق الشرط قوله ويكره اجارة الارض للزراعة بالحنطة والشعير مما يخرج منها والمنع اشبه مستند المنع
رواية الفضيل بن يسار عن الباقر عليه السلام انه سأله عن اجارة الارض بالطعام قال ان كان من طعامها فلا خير فيه ويمكن الاستدلال
به على الكراهة لان نفي الخير يشعر به وعلل مع ذلك بان خروج ذلك القدر منها غير معلوم فربما لا يخرج منه شيئا او يخرج بغير ذلك الوصف
ومن ثم لم يجز السلم في الحنطة من قراح معين لذلك ويشكل فيما لو كانت الارض واسعة لا يجري بذلك القدر عادة فلا يتم اطلاق المنع
واما مع الاطلاق او شرطه من غيرها فالمشهور جوازه على كراهة للاصل ومنع منه بعض الاصحاب وشرط ان يكون من جنس ما
يزرع فيها لصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال لا تستأجر الارض بالحنطة ثم تزرعها حنطة والنهي للتحريم واجيب بحمله على
اشتراطه مما يخرج منها لدلالة رواية الفضيل عليه او يحمل النهي على الكراهة وفيه نظر لان النهي مطلق ولا منافاة بينه وبين تحريم
شرطه من طعامها حتى يجمع بينهما بحمله عليه والتحقيق ان المطلق والمقيد متى كانا مثبتين لا يلزم الجمع بينهما بل يحمل المطلق على

اطلاقه

اطلاقه بخلاف المثبتين وبملاحظة ذلك يتخرج فساد كثير مما قرروه في هذا الباب وقد مضى مثله في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه
مع وروده نص اخر بتحريمه منع للكيل والموزون كذلك حيث جمع الاكثر بينهما بحمل المطلق على المقيد وليس بشيء وتحقيق ذلك في الاصول
مع انه يمكن هنا حمل الخبر الاول على الاطلاق كالثاني بان يريد كونه من طعامها اي من جنسه ويؤيده ظهور الكراهة منه ولو كان من
نفسه لكان اللازم التصريح بالمنع فان عدم الخير لا يبلغ حد المنع فان المباح او المكروه لا يوصف بالخير ولا بضده وبين النفي
واسطة واما النهي فالاصل فيه التحريم فحمله على الكراهة بغير دليل اخر غير حسن وقول ابن البراج بالمنع مطلقا لا يخرج عن قوة نظرا
الى الرواية الصحيحة الا ان المشهور خلافه قوله وان يؤجرها باكثر مما استأجرها به الا ان يحدث فيها حدثا او يؤجرها
بجنس غيره اختلف الاصحاب في جواز اجارة الارض وغيرها من الاعيان المستأجرة باكثر مما استأجرها به اذا لم يحدث فيها حدثا
فمنع منه جماعة من الاصحاب استنادا الى اخبار دلت باطلاقها على ذلك وذهب اخرون منهم المصنف الى الكراهة لدلالة اخبار
اخر على الجواز وطريق الجمع بينها وبين ما دل على المنع حمل النهي على الكراهة وهو حسن واحتج الشيخ على المنع مع الاخبار بانه ربا
ومقتضاه اشتراط الكيل والوزن في الربوي قوله واذا شرط مدة معينة بالايام او الاشهر صح مقتضى اطلاق العبارة عدم الفرق
مع ضبط المدة بين كونها وافية بادراك الزرع فيها وقاصرة ومحتملة وهو احد الوجهين في المسألة والاقوى اعتبار مدة يدرك فيها
الزرع علما او ظنا غالبا فلو اقتصر على تعيين دون ذلك بطل العقد لان الغرض في المزارعة هو الحصة من النماء فاذا لم يتحقق في
المدة عادة بقي العقد بلا عوض ولانه خلاف وضع المزارعة والاعتذار بامكان التراضي بعد ذلك على ابقائه لا ينفع لان التراضي
غير لازم فلا يعلق عليه شرط اللازم قوله ولو اقتصر على تعيين الزرع من غير ذكر المدة فوجهان احدهما يصح لان لكل زرع امدا
فيبنى على العادة كالقراض والاخر يبطل كالاجارة وهو اشبه الاقوى اشتراط تعيين المدة على الوجه السابق لانه مقتضى العقد
اللازم ضبط اجله والفرق بينها وبين القراض واضح فانه عقد جائز لا فائدة في ضبط اجل له ان شرط لجواز الرجوع قبله بخلاف
المزارعة فكان الحاقها بالاجارة اشبه قوله ولو مضت المدة والزرع باق كان للمالك ازالته على الاشبه وجه جواز الازالة
انقضاء المدة التي يستحق عليه فيها التبقية والاصل تسلط المالك على ملكه كيف شاء ولان الزارع بعد المدة لا حق له فيكون
ابقاؤه بدون رضى المالك ظلما وقيل ليس له الازالة لانه قد حصل في الارض بحق فلم يكن للمالك قلعه ولان للزرع امدا معينا غير
دائم الثبات فاذا اتفق الخلل لا يسقط حق الزارع كما لو استأجر مدة للزرع وانقضت قبل ادراكه مع ان الاحتمال ايضا هنا قائم
وقيل له الازالة بالارش جمعا بين الحقين ويشكل فيما لو كان التأخير بتقصير الزارع وما اختاره المصنف اقوى لزوال حق الزارع
بانقضاء المدة فلا ارش ولا استحقاق نعم لو اتفقا على ابقائه بعوض او غيره صح لان الحق لا يعدوهما لكن لا يجبر احدهما عليه خلافا
لظاهر القواعد حيث جعل التخيير في قلعه بالارش وابقائه باجرة الى المالك ويشكل بان ايجاب عوض في ذمة الزارع لا يعقل
بدون رضاه ثم على تقدير القلع بارش وغيره فالمقلوع لهما بناء على ان الزارع يملك الحصة وان لم ينعقد الحب خلافا لابن زهرة
ولا اجرة للمالك على ما مضى من المدة لو لم ينتفع بالمقلوع لان مقتضى المزارعة قصر الحق على الحصة مع احتمال وجوبها على الزارع
لو كان التأخير بتفريطه لتضييعه منفعة الارض على المالك بتأخيره ويتوجه على هذا الاحتمال وجوب اكثر الامرين من الحصة
واجرة المثل لو فرض للمقلوع منفعة ناقصة عن المعتاد لاستناد النقصان الى تفريطه ولا فرق في كون الزرع بينهما بين كون
البذر من مالك الارض والزارع ويتوجه للزارع الارش لاستحقاقه فيه الحصة كما لو كان البذر منه الا على القول السابق ثم على القول
بثبوت الارش مع قلعه فطريق تحصيله ان يقوم الزرع قائما بالاجرة الى اوان حصاده ومقلوعا ويحتمل ان يضاف للمالك
كونه مستحق القلع بالارش لان ذلك من جملة اوصافه اللازمة له على هذا القول الا انه لا يخلو من وهم وكلام الاصحاب في ذلك غير

تم قوله وان اتفقا على التبقية جاز بعوض وغيره ولكن ان شرط عوضا افتقر في لزومه الى تعيين المدة الزائدة متى قلنا بان الزرع لم يجب على المالك الابقاء الا برضاه باجرة او غيرها اما اذا قلنا بوجوب الابقاء ففي وجوب الاجرة قولان والقولان للعلامة اوليهما في التذكرة وثانيهما في القواعد وعلى تقدير اتفاقهما على الابقاء باجرة يكون اجارة للارض حقيقية لانقضاء مدة المزارعة فلا بد من ضبط المدة كالاجارة وان جاز الاطلاق في المزارعة وان لم يضبطاها او اتفقا على ابقائه باجرة واطلقا وجب اجرة المثل قوله ولو شرط في العقد تاخيره ان بقي بعد المدة المشترطة بطل العقد على القول باشتراط تعيين المدة وجه البطلان على القول المذكور ان المدة الحقيقية هي المجموع من المذكور وما بعده الى ان يدرك الزرع وهي مجهولة فيبطل العقد للاخلال بالشرط وعلى تقدير عدم جهالة الجملة فالمدة المشروطة مجهولة وشرطها في متن العقد من جملة العوض فاذا تضمن جهالة تبطل العقد كما لو كان جميع المدة مجهولا ويحتمل على هذا القول صحة الشرط المذكور لان المدة مضبوطة وما تضمنه الشرط بمنزلة التابع ذكره احتياطا لاحتمال الحاجة وجهالة التابع غير مضرة كما تقدم غير مرة والاول اقوى قوله ولو تركت المزارعة حتى انقضت المدة لزمه اجرة المثل ولو كان استاجرها لزمته الاجرة لان منفعتها صارت مستحقة له بحيث لا يمكن المالك من استيفائها وقد فوتها عليه فيلزمه الاجرة كما لو كان قد استاجرها في مدة معينة ولم ينتفع بها هذا مع تمكين المالك له منها وتسليمه اياها والا لم يستحق عليه شيئا لان المنع من قبله وحيث يلزمه ضمان الاجرة يلزمه ارشها لو نقصت بترك الزرع كما يتفق في بعض الارضين استنادا الى التقصير في تفريطه وهل يفرق فيها بين ما اذا ترك العامل الانتفاع اختيارا او بغيره ظاهرهم عدمه ولا يبعد الفرق لعدم التقصير في الثاني خصوصا في الاخير وتقتضي العقد لزوم الحصة خاصة ولم يحصل منه تقصير يوجب الانتقال الى ما يقتضيه العقد ثم يتوجه الحكم مطلقا في الاجارة لان حق المالك هو الاجرة عوضا عن منفعة العين تلك المدة فاذا فاتت المنفعة فانما ذهبت على مالكها وهو المستاجر اما المزارع فلا حق له فيها انما حقه في الاجرة ولم تفت قوله ان يكون للارض ما يمكن الانتفاع بها بان يكون لها ماء اما من نهر او بئر او عين او مصنع الضابط امكان الانتفاع بها في الزرع عادة بالماء الذي ذكره وما اشبهه كالمطر والزيادة كالنيل وحصره في المذكورات ليس بذلك الحسن والحاصل ان من شرط صحة المزارعة على الارض ان يكون لها ماء معتاد يكفيها لسقي الزرع غالبا فلو لم يكن لها ذلك بطلت المزارعة وان رضي العامل وتردد في التذكرة فيما لو كان لها ماء نادرا هل تصح المزارعة عليها ام لا من عدم التمكن من ايقاع ما وقع عليه العقد غالبا ومن امكان الوقوع ولو نادرا وبملاحظة هذه القاعدة يشكل الحكم في بعض ما ياتي كما ستقف عليه قوله فلو انقطع في اثناء المدة فللمزارع الخيار لعدم الانتفاع هذا اذا زرع عليها واستاجرها للزراعة وعليه اجرة ما سلف ويرجع بما قابل المدة المتخلفة قد عرفت ان امكان الزرع شرط صحة المزارعة فاذا وجد الشرط في الابتداء ثم تجدد انقطاع الماء فمقتضى القاعدة بطلان العقد لفوات الشرط لباقي المدة ولكن المصنف والعلامة اطلقا القول بعدم البطلان بل حكما بتسلطه على الفسخ وكانهما نظرا الى صحة العقد ابتداء فيستصحب والضرر اللاحق للزارع بانقطاع الماء ينجبر بتسليطه على الفسخ وفيه نظر هذا حكم المزارعة اما الاجارة فان كان قد استاجرها للزراعة فكذلك لاشتراكهما في المعنى اما لو استاجرها مطلقا لم يتخير مع امكان الانتفاع بها بغيره وقوله وعليه اجرة ما سلف من احكام الاجارة على تقدير فسخه فان الفسخ الطارئ عليها يوجب ثبوت اجرة ما سلف من المدة والرجوع بما قابل المتخلف اما المزارعة فلا شيء على العامل اذا لم يشترط عليه سوى الحصة وقد فاتت قوله واذا اطلق المزارعة زرع ما شاء ان اطلاق الاذن يقتضي تسلط المزارع العامل وانما يتم ذلك لو كان البذر من عنده اما لو كان من صاحب الارض فالتخيير اليه بطريق اولى لا الى المزارع وانما تخير مع الاطلاق لدلالة المطلق على الماهية من حيث هي وكل فرد من افراد الزرع يصلح ان يوجد المطلق في ضمنه واولى منه لو عمم لدلالته على الاذن في كل فرد فرد ونفي في التذكرة وجوب التعيين

لتنافت

لتنافت ضرر الارض باختلاف جنس المزروعات فيلزم بتركه الغرر ولا ريب انه احوط الا ان في تعيينه نظرا لدخول المالك على اضر الانواع من حيث دخوله في الاطلاق فلا غرر كالتعميم وربما فرق بين الاطلاق والتعميم بان الاطلاق انما يقتضي تجويز القدر المشترك بين الافراد ولا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالاخص منها من غيره اذ ليس في اللفظ اشعار بذلك الفرد ولا دلالة على الاذن فيه والرضا بزيادة ضرره ولان الرضا بالقدر المشترك انما يستلزم الرضا بقدر الضرر المشترك بين الكل لا الرضا بالزائد فلا يتناول المتوسط والاعلى بخلاف العام فانه دال على الرضا بكل فرد وفيه نظر لان المطلق لما كان هو الدال على الماهية بلا قيد مع وجوده في ضمن المفرد والمثنى والجمع وغيرها على ما حقق في محله لو لا انها مختلفة ولذلك حكموا بان الامر بالمطلق كالضرب مثلا يتحقق بجزئي من جزئياته كالضرب بالسوط والعصا ضعيفا وقويا ومتوسطا حتى قيل ان الامر به امر بكل جزئي او اذن في كل جزئي وهذا كله ينافي ما ادعاه الفارق ولو قيل بان المطلق هو النكرة كما اختاره الآمدي وابن الحاجب حيث عرفاه بانه الوحدة الشائعة او النكرة في سياق الاثبات فصلاحيته لكل فرد من افراده ايضا ظاهرة وان اختلفت بالقوة والضعف والمراد بالقدر المشترك على هذه التقديرات المعنى المصدري او نفس الحقيقة المشتركة بين الافراد لا تلك اللوازم اللاحقة لها وهي في مسئلتنا الزرع الصالح لكل فرد من افراد المزروعات لانها مشتركة في المعنى وان لم يشترك في الضرر وغيره قوله وان عين الزرع لم يجز التعدي لا فرق في تعيين المعين بين كونه شخصيا كهذا الحب او صنفيا كالحنطة الفلانية او نوعيا وغيره لاختلاف الاغراض باختلافه فيتعين ما تعلق به الغرض المدلول عليه بالتعيين فلا يجوز العدول عنه مطلقا عملا بالشرط وهذا مقتضى التعيين في كلام المفروض وغيره الا انه تداخل بما ينافيه بعد ذلك كما في قوله ولو كان اقل ضررا جاز ولا اعتذار بان الرضا بزرع الاضر بالنسبة الى الارض يقتضي الرضا بالاقل ضررا بطريق اولى باطل لان غرض مالك الارض ليس منحصرا فيما يتعلق بمصلحة الارض بل القصد الذاتي انما هو الانتفاع بالزرع ومصلحة الارض تابعة لا مقصودة بالذات ولا شك ان الاغراض تختلف في انواع الزرع فربما كان غرضه في الاشد ضررا من حيث نفعه او الحاجة اليه ان حصل للارض ضرر ولا يتعلق غرضه بالاخف ولو انتفعت الارض به الا ترى ان الارض لو انتفعت بترك الزرع راسا لم يكن ذلك كافيا في جواز ترك المزارع العمل نظرا الى مصلحة الارض مع ان الاقوى عدم التعدي الى غير المعين مطلقا نعم هذا يجري في اجارة الارض لزرع نوع معين فان عدل المستاجر الى زرع ما هو اخف ضررا منه يتجه لان الغرض في الاجارة للمالك تحصيل الاجرة وهي حاصلة على التقديرين ويبقى معه زيادة تخفيف الضرر عن ارضه واولى منه لو ترك الزرع طول المدة فانه لا اعتراض للمالك عليه حيث لا يتوجه ضرر على الارض لحصول مطلوبه وهو الاجرة بخلاف المزارعة فان مطلوبه الحصة من الزرع المعين فلا يدل على الرضا بغيره ولا يتناوله قوله ولو زرع ما هو اضر والحال هذه كان لمالكها اجرة المثل ان شاء والمسمى مع الارش اي لو عدل الى زرع الاضر والحال انه قد عين غيره مما هو اخف ضررا فان المالك يتخير بين ما ذكر من الامرين ووجه التخيير ان مقدار المنفعة المعقود عليها قد استوفي بزيادة في ضمن زرع الاضر فيتخير بين اخذ المسمى في مقابلة مقدار المنفعة المعينة مع اخذ الارش في مقابلة الزائد الموجب لضرر الارض بغير اذن مالكها وبين اخذ اجرة المثل لزرع ذلك الاضر من غير نظر الى المسمى والارش لان المزروع بتمامه وقع بغير اذن المالك لانه غير المعقود عليه ويشكل الحكم الاول من التخيير بان الحصة المسماة انما وقعت في مقابلة زرع المعين ولم يحصل والذي زرع لم يتناوله العقد ولا الاذن فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصة فوجوب اجرة المثل خاصة اقوى قوله ولو كان اقل ضررا جاز قد عرفت ما في الجواز ومن لوازم الجواز لو قيل به ثبوت الحصة للمالك مجانا وفيه نظر لانه غير معقود عليه ايضا فكيف يستحق منه شيئا مع انه نما ببذر العامل الذي لا دليل على انتقاله عن ملكه وفخر العلامة في

كتبه هنا بين اجارة المثل والمسمى لتقريب ما ذكر في الارض وفيه النظر السابق والاقوى ثبوت اجرة المثل خاصة قوله ولو زارع عليها
او آجرها للزراعة ولا ماء لها مع علم المزارع لم يتخير ومع الجهالة له الفسخ قد تقرر فيما من كلام المصنف وما حققناه ان شرط صحة
المزارعة على الارض ان يكون لها ماء معتاد للسقي غالبا بحيث يمكن الانتفاع بالزرع فبدونه لا يصح العقد لفقد الشرط وان رضي كل
من المالك والعامل لانه تصرف في حكم لم يرد الاذن فيه شرعا وهو هنا في ما ذكره هنا من جواز المزارعة على ما لا ماء لها مع العلم بغير
تخيير ولا معه مع التخيير واللازم من تلك القاعدة بطلان المزارعة هنا سواء علم ام لم يعلم وان الحكم بالتخيير فرع صحة العقد
وقد شارك العلامة المصنف في كتبه على مثل هذه العبارة وزاد عليه التصريح بانه لو ساقاه على ما لا ماء لها غالبا لم يصح العقد
وتقدم في التذكرة في الصحة مع تعذر الماء كما حكيناه سابقا وربما تكلف للجمع بين الحكمين بحمل هذا التخيير على ما لو كان للارض ماء
يمكن الزرع والسقي به لكنه غير معتاد من جهة المالك بل يحتاج معه الى تكلف واجراء ساقية ونحوه والمنع على ما لم يكن لها ماء مطلقا
وهو جيد لو ثبت ان مثل هذا القسم يوجب التخيير وان الاطلاق ينصرف كون الماء معتادا بلا كلفة الا ان اطلاق كلامهم يا باه
فانهم اقتصروا في الحكم بالجواز على امكان السقي بالماء من غير تفصيل وفي التخيير على عدم الامكان وايضا فان احداث النهر والساقية
ونحوهما لازم للمالك سواء كان معتادا ام لا كما سيأتي التنبيه عليه فلا فرق بين كون الماء معتادا وغيره في عدم الكلفة على
الزارع والاقوى عدم الصحة هنا عملا بهذا الاطلاق ومثله ما لو استأجرها للزراعة قوله اما لو استأجرها مطلقا ولم يشترط الزراعة
لم يفسخ لامكان الانتفاع بها بغير الزرع الحكم بعدم الفسخ يقتضي ان الحكم فيما لو لم يكن المستأجر عالما بحالها فان العالم لا معنى لتوهم
جواز فسخه بل اما ان يصح او يبطل مطلقا وانما لم يكن له الفسخ مع الجهل بحالها لانه اذا استأجرها مطلقا لا يقتضي اشتراط امكان
زرعها لانه نوع من انواع الانتفاع ولا يشترط في استيجار شيء ان يمكن الانتفاع به في جميع الوجوه التي تصلح لها بل امكان
الانتفاع به مطلقا حيث يطلق وهو هنا كذلك لامكان الانتفاع بالارض المذكورة في وضع المتاع وجعلها مراحا ومسرحا وغير
ذلك وان كان الغالب في الارض الزراعة لان الغلبة لا يفيد الاطلاق مع احتمال الرجوع الى الغالب في تلك الارض فان كان الزرع تسلط
على الفسخ حملا على المعتاد قوله وكذا لو شرط الزراعة وكانت في بلد تسقيها الغيوث غالبا هذا في الحقيقة من جملة اقسام الارض
التي يعتاد لها ماء يسقيها اذ لا فرق في العادة بين كون السقي نفسه من قبل الله او اجراء الماء من قبله نعم كالنهر والزيادة وكل ما
لم اصطلحاه المذكور سابقا في تلك الاقسام الاربعة اعقبها بذكر الغيث قوله ولو استأجر للزراعة ما لا ينحسر عنه الماء لم يجز لعدم
الانتفاع المراد ان الماء لا ينحسر وقت الحاجة الى الزرع والا فلو كان مستوليا عليها عند العقد ويمكن ان يرتفع وقت الانتفاع عادة
صح مع العلم بالارض مانع كان تعتدها اولا او الماء مانعا لا يمنع رؤيتها ووجه عدم الصحة في الاول ما ذكره من عدم الانتفاع بها
فيما استأجر عليه من المنفعة وهو يؤيد ما اسلفناه في المسائل السابقة واحترز بالاستيجار للزراعة عما لو استأجرها لغيرها
ما يمكن استيفاؤه او مطلقا فان الاجارة صحيحة وينتفع بها فيما يشاء ولو باصطياد السمك ولو فرض تعذر الانتفاع بها
مطلقا لم يصح مطلقا لان شرط الصحة امكان الانتفاع قوله ولو رضي بذلك المستأجر جاز ولو قيل بالمنع لجهالة الارض كان
حسنا هذا التعليل لا يدل على البطلان مطلقا لامكان العلم بالارض مع وجود الماء سابقا او مع صفاء الماء كما ذكرناه ولو فرض
الجهل بها على كل حال فالمنع متوجه كما ذكره قوله وان كان قليلا يمكن معه الزرع جاز وجه الجواز امكان الانتفاع في الجملة
لكن لو لم يعلم المستأجر بذلك تسلط على الفسخ للعيب هذا اذا كان الزرع ممكنا في جميع الارض على النقصان اما لو امكن في بعضها
دون بعض لغلبة الماء فيها لا ينحسر عنه بالجميع وجه قوله ولو كان الماء ينحسر عنها انه مما لم يصح لجهالة وقت الانتفاع مقتضى
التعليل انه لا فرق بين رضا المستأجر بذلك وعدمه لان رضاه بما هو فاقد لشرط الصحة غير كاف في الصحة وفي القواعد قيد المنع

بعدم رضا

مناء المستأجر فلو رضي صح وهذا انما يتم فيما يكون كالعيب المنجبر بالرضا والخيار لا في الجهالة وعلى تقدير الجهالة به نظرا الى امكان
الانتفاع في الجملة فانما يوجب انقطاعه تدريجا نقصان المنفعة فلا وجه للحكم بعدم الصحة بل ينبغي تخيير المستأجر مع الجهل وبالمدة
المعروفة هنا اوضح وهذه الاحكام آتية في المزارعة على الارض المذكورة وكان ذكرها في بابها اولى من استطراد حكم الاجنبي الى التقسيم
وربما قيل في هاتين المسئلتين بان المنع مخصوص بالاجارة اما المزارعة عليها فجائزة والفرق ابتناء الاجارة على المعلومية لانضباط
الاجرة فلا بد من انضباط المنفعة في مقابلتها بخلاف المزارعة فان المنفعة التي هي الحصة لما كانت مجهولة تسومح في مقابلتها
من العوض ما لا يتسامح في غيرها ولا باس به قوله ولو اشترط الغرس والزرع افتقر الى تعيين مقدار كل واحد منهما لتفاوت ضررهما
وكذا لو استأجر لزرعين او غرسين مختلفي الضرر اي اشترط في استيجار الارض الغرس فيها والزرع معا فلا بد من تعيين مقدار كل واحد
لان الغرس اضر على الارض فيمكن ان يحمل الاطلاق على الانتصار من الاخف على منهما وتحقيقا للجمع وبالعكس وبينهما في الضرر
اختلاف كثير فلا بد من ضبطه وكذا القول في شرط الزرعين كالحنطة والشعير فان زرع الحنطة اضر فلا بد من تعيين المقدار
كذا الغرسين المختلفين بجريان العرف في الارض ويمكن حمل الاطلاق على جعل كل واحد منهما في نصف الارض لان المتبادر من
لفظ التشريك التسوية كما في نظائره ولان مقتضى الاجارة اما ان يكون المنفعة المطلوبة كل واحد منهما فعند الجميع يجب التنصيف
لئلا يلزم الترجيح من غير مرجح وهذا هو الاقوى وح فلا يجب التعيين هذا كله اذا استأجرها مطلقا اما لو استأجرها لينتفع بما
شاء منهما صح وتخير لان تعميم في الافراد وقد دل على الرضا بالامر ويبقى الكلام في تعيين النوع الواحد من الزرع والغرس والمطلق
ما تقدم قوله اذا استأجر ارضا مدة معينة ليغرس فيها ما يبقى بعد المدة غالبا قيل يجب على المالك ابقاؤه وازالته مع الارش
قيل له ازالته كما لو غرس بعد المدة والاول اشبه وجه الاول ان المستأجر غير متعد بالزرع لانه مالك للمنفعة تلك المدة فله
الحصيع الزرع وذلك يوجب على المالك ابقاؤه لمفهوم قوله صلى الله عليه وآله ليس لعرق ظالم حق قال الامام فخر الدين ره ان الاصوليين
اجمعوا على دلالة المفهوم في هذا الحديث وان اختلفوا في دلالة مفهوم الوصف في غيره لكن لما لم يكن له في الارض حق بعد المدة
لانقضاء الاجارة جمع بين الحقين بابقائه بالاجرة وهو المراد من الاطلاق المقدر ابقاؤه او قلعه بالارش ووجه الثاني ان المستأجر دخل
على ان لا حق له بعد المدة لان منفعة المدة هي المبذولة في مقابلة العوض فلا يستحق بالاجارة شيئا آخر فللموجر قلعه مجانا كما لو غرس
المستأجر بعد المدة وهذا هو الاقوى وعدم تعدي المستأجر بزرعه في المدة لا يوجب له حقا بعدها مع استناد التقصير اليه والمفهوم
ضعيف ودعوى الاجماع على العمل به هنا لم يثبت وعلى تقدير صحته يمنع من كونه بعد المدة غير ظالم لانه وضع عرقه في ارض لا حق
له فيها والزام المالك باخذ الاجرة على الابقاء او تكليفه الارش على خلاف الاصل فلا يصار اليه بمثل ذلك ومثله ما استأجر للزرع
مدة يدرك فيها غالبا لكن تم الزارع في الزرع الى ان انقضت المدة اما لو كان التأخير لا بتقصيره بل لكثرة الامطار او تغير الاهوية
او شدة البرد ونحوها توجه وجوب الصبر الى بلوغه بالاجرة فانهما وان اشتركا في عدم استحقاق ما بعد المدة الا انه حيث لم يقصر
وقد زرع حقا يجمع بين الحقين بالاجرة بخلاف ما اذا قصر او تقدم على ذلك كالسابق فانه يسقط حقه اذ لا ساعد له وامثال
هذه المسائل كلها استطرادية كان تأخيرها الى باب الاجارة انسب قوله اذا كان من احدهما الارض ومن الآخر البذر والعمل
والعوامل صح الى قوله نظر الى الاطلاق الضابط ان الصور الممكنة في اشتراك هذه الاربعة بينهما كلا وبعضا جائزة لاطلاق الاذن
في المزارعة من غير تقييد بكون بعض ذلك مخصوصا من احدهما وهذا هو المراد بقوله نظرا الى الاطلاق وهذا اذا كانا اثنين
خاصة فلو جعلا معهما ثالثا وشرطا عليه بعض الاربعة او رابعا كذلك ففي الصحة وجهان من عموم الامر بالوفاء بالعقد الكائن
مع الشرط ومن توقف المعاملة سيما التي هي على خلاف الاصل على التوقيف من الشارع ولم يثبت منه مثل ذلك والاصل في

المزارعة قصة خيبر ومزارعة النبي صلى الله عليه وآله اليهود عليها على ان يزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها وله صلى الله
عليه وآله شطره الآخر وليس فيها ان المعاملة مع اكثر من واحد وكذلك باقي النصوص التي وردت من طرقها ولان العقد يتم
باثنين موجب وهو صاحب الارض وقابل وهو الزارع فما زاد يخرج العقد عن وضعه او يحتاج اثباته الى دليل ولا يوجد عدم الصحة
قوله ولو كان بلفظ الاجارة لم يصح لجهالة العوض اما لو اجرها بمال مضمون او معين من غيرها جاز لا اشكال في عدم وقوعها
بلفظ الاجارة لاختلاف احكامهما فان الاجارة تقتضي عوضا معلوما والمزارعة يكفي فيها الحصة المجهولة واما لو اجر الارض بمال
مضمون مقدر سواء كان من جنس ما يزرع ام من غيره ام معين من غيرها مما يخرج منها صح وقد تقدم الكلام في ذلك ونبه بالمنع
من ايقاعها بلفظ الاجارة على خلاف بعض العامة حيث جوزها بها قوله اذا تنازعا في المدة فالقول قول منكر الزيادة
مع يمينه وكذا لو اختلفا في قدر الحصة فالقول قول صاحب البذر اما المدة فلان الاصل عدم زيادتها عما يتفقان عليه فيقدم
قول منكر الزيادة واما الحصة فلما كان تابعا للاصل في الملك فالقول قول صاحب البذر في حصة الآخر لاصالة عدم خروجها عن
ملكه وعدم استحقاق الآخر لما يدعيه ولان مدعي الزيادة فيهما لو ترك المنازعة لترك فيكون مدعيا بهذا المعنى ايضا لا يقال اتفاقهما
على عقد تضمن حصة ومدة نقل عن الاصل المذكور وليس مدعي الزيادة يترك لو ترك فانه اذا ترك العمل طالبه به ولانهما
هنا قد وقع الاختلاف عند الانتهاء لانا نقول العقد المتضمن لهما انما اخرج عن حكم الاصل في اصل المدة والحصة اما في
قدر معين فيهما فلا فيبقى انكار الزيادة فيهما بحاله لم يخرجه عن الاصل شيء والمراد بمن ترك اذا ترك في نفس ذلك المدعى وهي
هنا المدة الزائدة والحصة الزائدة اما العمل فهو امر خارج عن الدعوى فلا اثر للمطالبة به في هذه المنازعة قوله واقام كل
منهما بينة قدمت بينة العامل وقيل يرجعان الى القرعة والاول اشبه اذا اقام كل منهما بينة بنى على تقديم بينة
الداخل او الخارج والمشهور الثاني وهو خارج بالنسبة الى دعوى المدة لان مالك الارض يدعي تقليل المدة فيكون القول
قوله والبينة بينة العامل واما دعوى زيادة الحصة فهي ممن ليس البذر منه سواء في ذلك العامل ومالك الارض فيكون البينة
بينة من لا بذر له لان الشرط منه حيث ان الجميع نماء ماله فلا يتم اطلاق تقديم بينة العامل بل ينبغي ان يقول قدمت
بينة الآخر كما صنع غيره او يصرح بالمراد ووجه القول بالقرعة انها لكل امر مشكل ويشكل بانه لا اشكال هنا فان من كان
القول قوله فالبينة بينة صاحبه بمقتضى النص فالقول بتقديم بينة المدعي فيهما اقوى قوله لو اختلفا فقال الزارع
اعرتنيها وانكر المالك وادعى الحصة او الاجرة ولا بينة فالقول قول صاحب الارض ويثبت له اجرة المثل مع يمين الزارع و
قيل يستعمل القرعة والاول اشبه المراد ان القول قول صاحب الارض في عدم العارية لا فيما يدعيه لانه منكر لها فيقدم قوله
فيها وكذلك القول قول الزارع في عدم المزارعة والاجارة لانه منكر لهما فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر ويترتب على
الزارع انه انتفع بارض غيره مع عدم ثبوت التبرع فيلزمه اجرة المثل لذلك الزرع الى اوان نزعه هذا اذا لم تزد الاجرة
عما يدعيه المالك من الحصة او الاجرة المعينة والا لم يثبت له ما يدعيه خاصة لاعترافه بانه لا يستحق سواه هذا اذا وقع التنازع
بعد الزرع كما يقتضيه قوله الزارع وقوله وللزارع تبقية الزرع فلو كان النزاع قبله وتحالفا انتفت العارية والاجارة
والمزارعة فليس للعامل ان يزرع بعد ذلك واعلم انه اذا كان الواجب للمالك بعد يمينه اقل الامرين مما يدعيه واجرة المثل
وكان الاقل هو ما يدعيه فلا وجه ليمين الزارع لانه لو اعترف له بما يدعيه لم يكن له ازيد منه وكذا لو حلف او رد اليمين
فما هنا شأنه لا فائدة فيه نعم لو كان ما يدعيه ازيد من اجرة المثل اتجهت الفائدة في يمين الزارع لانها تنفي ازيد مما يدعيه
المالك عن الاجرة ولو ردها او اعترف لزم الزائد والقول بالقرعة هنا ضعيف كالاول قوله وللزارع تبقية الزرع الى اوان

اخذه لانه

اخذه لانه ما اذن فيه اي ما اذن في زرعه باتفاق الخصمين وانما اختلافهما في استحقاق عوض في مقابلته وعدمه فهو زرع محترم
فلا يجوز قلعه بغير اذن مالكه وقد علم ان ابقاءه باجرة لا مجانا لان الاجرة الثابتة من حين زرعه الى حين اخذه وانما عبر باخذه
للتنبيه على ان الامر الى الزارع فان شاء اخذه قصيلا وان شاء ابقاه الى اوان حصاده ومهما ابقاه من المدة يلزمه اجرتها
خاصة فكان التعبير بالاخذ اولى من التعبير بالحصاد قوله اما لو قال غصبتنيها حلف وكان له ازالته والمطالبة باجرة المثل
وارش الارض ان عابت وطم الحفر ما تقدم من التحالف انما هو فيما لو ادعى كل منهما عقدا لغير ما يدعيه الآخر اما لو ادعى الزارع العارية
وانكرها المالك وادعى غصب الارض فالقول قول المالك مع يمينه لاصالة عدم العارية وبقاء منافع ارضه على ملكه وعدم
خروجها عنه بعارية ولا غيرها فاذا حلف على نفي العارية ثبت وضع الزارع زرعه فيها بغير حق فيتخير المالك بين قلعه
ومطالبته باجرة المثل لما مضى من المدة وارش الارض ان نقصت وطم الحفر كما يلزم ذلك الغاصب وان اتفقا على ابقائه باجرة
جاز وفي التذكرة قال يحلف العامل على نفي الغصب ولم يذكر يمين المالك ورتب باقي الاحكام والحق ما ذكره هنا من ان الحالف المالك
على نفي العارية لا غير قوله للزارع ان يشارك غيره وان يزارع عليها غيره ولا يتوقف على اذن المالك لكن لو شرط المالك عليه
الزرع بنفسه لم يجز المشاركة الا باذنه لما كانت المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لنقل منفعة الارض الى ملك العامل
بالحصة المخصوصة كان للعامل نقلها الى غيره ومشاركته عليها لان الناس مسلطون على اموالهم ولا يتوقف ذلك على
اذن مالكها اذ لا حق له في المنفعة نعم لا يجوز تسليم الارض الا باذن المالك وسيأتي مثله ان شاء الله في الاجارة واشترط بعضهم في
جواز مزارعة غيره كون البذر منه ليكون تمليك الحصة منوطا به وبه يفرق بينه وبين عامل المساقاة حيث لا يصح له ان
يساقي غيره كما سيأتي ولان البذر اذا كان من صاحب الارض فالاصل ان لا يتسلط عليه الا مالكه او من اذن له وهو الزارع
وهو حسن في مزارعة غيره اما المشاركة فلا لان المراد بها ان يبيع بعض حصته في الزرع مشاعا بعوض معلوم وهنا
لا مانع منه لملكه لها فيتسلط على بيعها كيف شاء بخلاف ابتداء المزارعة اذ لا حق له ح الا العمل وبه يتحقق الحصة
مع احتمال الجواز مطلقا لان لزوم عقدها اقتضى تسلطه على العمل بنفسه وغيره وملكه للمنفعة والتصرف في البذر
بالزرع وان لم يكن بنفسه حيث لا يشترط عليه الاختصاص فيجوز نقله الى الغير كما يجوز الاستنابة ويضعف بان
البذر ح ليس ملكا له وانما هو مأذون في التصرف فيه بالزرع وبه يملك الحصة وقد يقال ان هذا كاف في جواز مزارعة الغير
لانها عبارة عن نقل حقه في ذلك اليه وتسليطه على العمل فيجوز كما يجوز له التوكيل فيه والاستنابة بغيرها من الوجوه
هذا كله اذا لم يشترط المالك عليه العمل بنفسه والا لم تجز المشاركة ولا المزارعة بحيث يصير العمل او بعضه متعلقا بغيره
ولا يرد ان ذلك يقتضي منع المالك من التصرف في ماله فيكون منافيا للشرع لان الناس مسلطون على اموالهم لان ذلك
حيث لا يعارضه حق غيره والا لم يتم الكلية ضرورة تخلفه في كثير كالراهن والمفلس قوله خراج الارض ومؤنتها على صاحبها
الا ان يشترط على الزارع اما خراج الارض فهو على مالكها لانه موضوع عليها وهو مروي ويحكى ايضا ان السلطان لو زاد فيه
زيادة وطلبها من الزارع وجب على صاحب الارض دفعها اليه قال السائل قلت انا لم اظلمهم ولم ازد عليهم قال انما زادوا
على ارضك واما المؤونة فذكرها المصنف والعلامة في بعض كتبه اجمالا ولم ينبهوا على المراد منها مع اطلاقهم ان العمل على
الزارع او من شرط عليه والظاهر ان المراد بمؤونة الارض هنا ما يتوقف عليه الزرع ولا يتعلق بنفس عمله وتنميته كاصلاح
النهر والحائط ونصب الابواب ان احتيج اليها واقامة الدولاب وما لا يتكرر كل سنة كما فصلوه في المساقاة والمراد بالعمل الذي
على الزارع ما فيه صلاح الزرع وبقاؤه مما يتكرر كل سنة كالحرث والسقي والتنقية وتنقية الارض من الحشيش وحفظ الزرع و

الى انه بعد التكذيب والمسؤول الصادق عليه السلام منه

حصاده ونحو ذلك وبالجملة فكلامهم في هذا المحل قاصر جدا هذا كله اذا لم يشترط ذلك على الزارع فان شرط عليه لزم اذا كان القدر
معلوما وكذا لو شرط بعضه معينا او مشاعا مع ضبطه ولو شرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زيادة فهي على صاحب الارض
لان الشرط لم يتناولها ولم يكن معلومة فلا يمكن اشتراطها ولو شرطا ذلك او بعضه عليهما او اخراجه من الاصل والباقي بينهما
فهو كما لو شرط المالك نصفه على العامل لانه بمعناه قوله كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة يجب لصاحب الارض اجرة المثل
هذا اذا كان البذر من الزارع فلو كان من صاحب الارض فهو له وعليه للعامل والعوامل والآلات اجرة المثل ولو كان منهما
فالحاصل بينهما على نسبة الاصل ولكل منهما على الآخر اجرة مثل ما يخصه على نسبة ما للآخر من الحصة فلو كان البذر لهما بالنصف
رجع المالك بنصف اجرة ارضه والعامل بنصف اجرة عمله وعوامله وآلاته وعلى هذا القياس باقي الاقسام ولو كان البذر من ثالث
فالحاصل له وعليه اجرة مثل الارض وباقي الاعمال والآلات قوله يجوز لصاحب الارض ان يخرص على الزارع والزارع بالخيار
في القبول والرد فان قبل كان استقراره مشروطا بالسلامة فلو تلف الزرع بآفة سماوية او ارضية لم يكن عليه شيء محل الخرص
بعد بلوغ الغلة وهو انعقاد الحب وتخيير الزارع في القبول وعدمه لا شبهة فيه وعلى تقدير قبوله يتوقف نقله اليه على
عقد كغيره من الاموال بلفظ الصلح او التقبيل على ما ذكره الاصحاب والمشهور ان لزوم العوض فيه مشروط بالسلامة فان
تلفت الغلة اجمع بآفة من قبل الله تعالى فلا شيء على الزارع ولو تلف البعض سقط بالنسبة ولو اتلفها متلف ضمنها وكان
ويطالب المتقبل المتلف بالعوض ويمكن عموم الآفة الارضية لهذا ايضا والحكم بذلك هو المشهور بين الاصحاب ومستنده
غير واضح وحكمه لا يخلو من اشكال ان لم يكن انعقد عليه الاجماع واني لهم به وانما هو شيء ذكره الشيخ ره في بعض كتبه وتبعه
عليه الباقون معترفين بعدم النص ظاهرا على هذه اللوازم ولو كان النقصان بسبب الخطأ في الخرص لم يسقط من المال شيء
عملا بالاصل وهو مروي عن الكاظم ع مرسلا ولو زاد فالزائد للزارع عملا بمقتضى العقد خصوصا اذا جعل صلحا ولو جعل
بلفظ البيع اشترط فيه شرائطه مع احتمال العدم وكيف وقع فهو عقد لازم يجب الوفاء به وان لحقته تلك الاحكام الخارجة
عن مقتضى اللزوم ولكن هذه المعاوضة ان ادى بجعلها باطلة لانها ان كانت بيعا فهي محاقلة وان كانت صلحا فهو لازم
سلم ام لا ان كان بعوض مضمون وان كان العوض من الغلة فهو باطل كالبيع والاقوى الصحة لكن اثبات اللوازم المذكورة
يحتاج الى دليل وقد تقدم في البيع جملة من بحث المسئلة واما المساقاة فهي معاملة على اصول ثابتة بحصة من ثمرها والمساقاة
مفاعلة من السقي وخص الاشتقاق منه دون باقي الاعمال التي يتوقف عليه المعاملة لانه اظهرها وانفعها في اصل التشريع
لوقوعه بالحجاز التي يسقى فيها النخل من الآبار ولانه اكثر مؤنة واشد مشقة من غيره من الاعمال وعرفنا ما ذكره المصنف ره
فالمعاملة فيها بمنزلة الجنس لتناول عقود المعاوضات وخرج بالاصول المزارعة وبالثابتة بالذات المثلثة غيرها من الاصول
التي لا تبقى كالخضراوات والودي غير المغروس والمغروس الذي لم يستقل في الارض والمغارسة وبحصة من ثمرها خرجت الاجارة
فانها وان صحت على الاصول الثابتة لكن لا بحصة من الثمرة بل باجرة معلومة معينة او مضمونة والمراد بالثمرة هنا نماء
الشجر وان لم يكن ثمرته المعهودة ليدخل فيه المساقاة على ما يقصد ورده وورقه ولو قال او ما في حكمها لادخال ذلك استغنيا
عن تكلف ادخالها ويمكن ان يريد بالثمرة معناها المتعارف خاصة لتردده فيما ياتي في جواز المساقاة على ما يقصد ورقه
وربما خرجت الثابتة بالنون متقدمة فخرج بها الودي والمغارسة دون باقي ما سبق فالاول اضبط قوله وصيغة الايجاب
ان يقول ساقيتك او عاملتك او سلمت اليك او ما اشبهه لما كانت المساقاة من العقود اللازمة فلا بد فيها من ايجاب
وقبول لفظيين دالين على الرضا بالمعنى واللفظ الصريح فيها ساقيتك على كذا وفي حكمه عاملتك وسلمت اليك وعقدت

معك عقد المساقاة وقبلتك عملها ونحو ذلك من الالفاظ الدالة على الانشاء الواقعة بلفظ الماضي وزاد في التذكرة تعهد نخلي بكذا او اعمل
فيه بكذا ويشكل بما سبق في نظايره من عدم صراحة الامر في الانشاء ولا وجه لاخراج هذا العقد اللازم من نظايره وقد نوقش في
الاكتفاء في المزارعة بلفظ الامر الاستناد فيها الى النص وهو منتف هنا وجريان المعاطاة هنا بعيد لاشتمال هذا العقد
على الغرر وجهالة العوض بخلاف البيع والاجارة فينبغي الاقتصار فيه على موضع اليقين وقد ذكر المصنف ره القبول الذي
لا بد منه وهو كل لفظ دل على الرضا بذلك الايجاب قوله وهي لازمة كالاجارة لا خلاف عندنا في لزوم هذا العقد فلا يجوز
لاحدهما فسخه الا بالتقايل ونحوه على وجه الاقالة لعموم الادلة التي دلت على لزوم غيره من العقود ونبه المصنف ره بقوله كالاجارة
على خلاف بعض العامة حيث قال انه جائز كالمضاربة لاشتراكهما في كونهما عقدا على جزء من نماء المال فقال المصنف ره بل هي لازمة
كالاجارة لاشتراكهما في ان كل منهما عقد معاوضة ولعموم الامر بالوفا بالعقود المقتضي للزوم الا ما اخرجه الدليل قوله وهل
يصح بعد ظهور الثمرة فيه تردد والاظهر الجواز بشرط ان يبقى للعامل وان قل ما تزداد به الثمرة اذا ساقاه على الشجر والثمرة معدومة
يمكن وجودها فيه عادة صح اجماعا وان كان بعد ظهورها ولم يبق للعمل فيها مستزاد لم يصح اجماعا وان احتاجت الى عمل كالجداد
والحفظ والنقل ونحو ذلك لا نزاع يكون قد ملكها رب الشجر ولم يحصل بالمساقاة زيادة فينتفي الغرض الذي اقتضى شرعيتها
واما اذا كانت قد ظهرت ولكن بقي لها عمل يحصل به زيادة في الثمرة كالسقي والحرث ورفع اغصان شجرة الكرم على الخشب و
تأبير ثمرة النخل ففي جوازها حينئذ وجهان احدهما الصحة تحصيلا لتلك الفائدة ولان العقد حينئذ ابعد عن الغرر للوثوق بالثمرة
فيكون اولى مما لو كانت معدومة ووجه عدم الجواز ان الثمرة اذا ظهرت فقد حصل المقصود فصار بمنزلة القراض بعد ظهور
الربح ولان المقصود من المساقاة ظهور الثمرة بعمله وفيها منع ظاهر ولو كان العمل بحيث لولاه لاختل حال الثمرة لكن لا يحصل
به زيادة كحفظها من فساد الوحش ونحوه فمقتضى القاعدة عدم الجواز وحيث لا تصح المساقاة على ذلك تصح الاجارة على
بقية الاعمال بجزء من الثمرة والجعالة والصلح قوله ولا تبطل بموت المساقي ولا بموت العامل على الاشبه الاشبه راجع الى
حكم موت كل واحد منهما فقد قال الشيخ في ط انه لو مات احدهما او ماتا انفسخت المساقاة عندنا كالاجارة والاقوى عدم
البطلان لان ذلك مقتضى لزوم العقد نعم لو كان قد شرط على العامل العمل بنفسه بطلت بموته ان كان قبل ظهور الثمرة
ولو كان بعده ففيه نظر من سبق ملكه لها فلا يبطل بموته ومن ان ملكه مشروط باكمال العمل ولم يحصل واطلق جماعة
من الاصحاب البطلان اذا اشترط عليه العمل بنفسه والانسب ان يكون شريكا ح فلا يبطل ملكها بالموت ثم ان كان الميت
المالك استمر العامل على عمله وقاسم الوارث وان كان الميت العامل وكان المساقاة واردة على عينه ولم تظهر الثمرة بطلت
وان ظهرت ففيه ما مر وان كانت واردة على ذمته قام وارثه مقامه وليس للمالك منعه منه ولا اجباره عليه لو امتنع من
العمل لان الوارث لا يلزمه حق لزم المورث الا ما امكنه دفعه من مال والعمل ليس بمال المورث فلا يجب على الوارث كاداء
الحقوق من مال نفسه ثم ان خلف العامل تركة تخير الوارث بين العمل وبين الاستيجار عليه من التركة فان امتنع منهما
استاجر الحاكم عليه من التركة فان لم يتفق ذلك تخير المالك بين الفسخ والانفاق من ماله بنية الرجوع كما سياتي تحقيقه
فيما لو هرب العامل وانما يجب على المالك تمكين الوارث او اجيره اذا كان امينا عارفا باعمال المساقاة والا فله المنع و
يبقى الامر كالعدم بذله قوله وهي كل اصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه احترز به عن نحو البطيخ والباذنجان والقطن
وقصب السكر فان هذه ليست كذلك وان تعددت اللقطات وبقي القطن ازيد من سنة لان اصول هذه لا بقاء لها
غالبا واضمحلالها معلوم عادة فلا عبرة بالنادر منها قوله فيصح المساقاة على النخل والكرم وشجر الفواكه لا يخفى ان النخل

والكرم من جملة شجر الفواكه فعطفه عليها تعميم بعد التخصيص وهو جائز لكن لو قدمه وجعلها من امثلته كان اوقع **قوله** وفيما لا ثمر له اذا كان له ورق ينتفع بها كالتوت والحنا تردد منشأه من ان هذه المعاملة باشتمالها على ضرب من الغرر بجهالة العوض على خلاف الاصل فيقتصر بها على محل الوفاق وهو شجر الثمر ومن ان الورق المقصود كالثمر في المعنى فيكون مقصود المساقاة حاصلا به وفي بعض الاخبار ما يقتضي دخوله والقول بالجواز لا يخلو من قوة ومثله ما يقصد زهره كالورد والمراد بالتوت المبحوث عنه الذكر وهو الذي لا يقصد ثمره اما الانثى المقصود منه الثمرة فجائز اجماعا والتوت بالتائين المثنائين من فوق وفي لغة نادرة بالثاء المثلثة اخيرا ورد ها الجوهري **قوله** ولو ساقى على ودي او شجر غير ثابت لم يصح اقتصارا على موضع الوفاق الودي بكسر الدال المهملة بعد الواو المفتوحة والياء المشددة اخيرا بوزن غني فسيل النخل قبل الغرس وفي القاموس انه صغار الفسيل ولا خلاف في عدم جواز المساقاة على غير المغروس منه الا من بعض العامة **قوله** اما لو ساقاه على ودي مغروس الى مدة يحمل مثله فيها غالبا صح ولو لم يحمل فيها وان قصرت المدة المشترطة عن ذلك غالبا او كان الاحتمال على السواء لم يصح اما صح في الاول وان لم يحمل لان مرجع المساقاة الى تجويز ظهور الثمرة وظنه بحسب العادة فاذا حصل المقتضي صح وان تخلف كما لو ساقاه على الشجر الكبير واتفق عدم ثمره في المدة وح فلا اجرة له على جميع العمل لتقدمه على ذلك والمعتبر في صحة المساقاة ظن ثمرة ولو في اخر المدة كما لو ساقاه عليه عشر سنين وكانت الثمرة لا يتوقع الا في العاشرة وح فيكون الثمرة في مقابلة جميع العمل ولا يقدح خلو باقي السنين فان المعتبر حصول الثمرة ظنا في جميع المدة لا في جميع اجزائها كما يظهر ذلك في غيره من الشجر وحيث يقع باطلة للعلم بالقصور عادة او احتمال الامرين فللعامل اجرة المثل مع جهله بالفساد لا مع علمه على الاقوى واعلم انه قد استفيد من ذلك ان عدم الثمرة غير قادح في صحة المساقاة اذا كان حصولها مظنونا عادة حين العقد وح فيجب عليه اتمام العمل لو علم بالانقطاع قبله ومثله ما لو تلفت الثمار كلها او اكلها الجراد او غصبها غاصب فانه في جميع ذلك يجب على العامل اكمال العمل لا اجرة له وان تضرر كما يجب على عامل القراض انضاض المال وان ظهر الخسران بل هنا اقوى للزوم العقد ووجوب العمل وحمل في التذكرة انفساخ العقد لو تلفت الثمار باسرها واستشكل الحكم الاول فارقا بين العاملين بان المباشر للبيع والشراء في القراض العامل فكان عليه انضاض المال بخلاف عامل المساقاة ويندفع بان المساقاة عقد لازم فلا يؤثر فيه تلف الثمار فالحاقه على عامل القراض مع جوازه وكون تغييره للمال باذن المالك فههنا اولى ويمكن ان يقال ان تلف الثمرة هنا يكون كتلف العوض المعين قبل القبض المقتضي للبطلان في البيع ونحوه وفيه نظر **قوله** الثالث المدة ويعتبر فيها ان يكون مالا يحتمل الزيادة والنقصان وان يكون فيها يحصل الثمرة فيها غالبا المشهور بين الاصحاب اشتراط ضبط المدة بما لا يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج وادراك الغلة وان كانت هي الغلة المعامل عليها وقوفا فيما خالف الاصل واحتمل الغرر والجهالة على موضع اليقين واكتفى ابن الجنيد بتقديرها بالثمرة المساقى عليها نظرا الى انه بالنسبة الى ثبوته عادة كالمعلوم ولان المقصود منها هو العمل الى كمالها ولان العقد مبني على الغرر والجهالة فلا يقدحان فيه والاجود الاول وان كان كلامه لا يخلو من وجه واعلم ان الاتفاق على اشتراط تقديرها في الجملة كما قلناه اما تركها راسا فيبطل العقد قولا واحدا ولان عقد المساقاة لازم كما تقدم ولا معنى لوجوب الوفاء به دائما ولا الى مدة غير معلومة ولا سنة واحدة لاستحالة الترجيح من غير مرجح نعم من قال من العامة انها عقد جائز لا يعتبر هذه تعيين المدة لانتفاء المحذور الذي ذكرناه ولا حد للمدة في جانب القلة الا بما يغلب فيه حصول الثمرة وان كان شهرا كما اذا ساقاه في اخر العمل بحيث بقي ما فيه للثمرة مستزاد يسير ولا في جانب الكثرة عندنا خلافا للشافعي حيث شرط ان لا يزيد على ثلثين سنة وهو تحكم **قوله** واطلاق المساقاة يقتضي

قيام

مجمع

قيام العامل بما فيه زيادة النماء من الرفق واصلاح الاجاجين الضابط انه يجب على العامل مع الاطلاق كل عمل يتكرر كل سنة مما فيه صلاح الثمرة او زيادتها ومنه اصلاح الارض بالحرث والحفر حيث يحتاج اليه وما يتوقف عليه من الالات والعوامل والاجاجين جمع اجانة بالكسر والتشديد والمراد بها هنا الحفر التي يقف فيها الماء في اصول الشجر التي يحتاج الى السقي **قوله** وتهذيب الجريد المراد بتهذيبه قطع ما يحتاج الى قطعه منه كالجزء اليابس ومثله زبار الكرم وقطع ما يحتاج الى قطعه من اغصان الشجر المضر بقائها بالثمرة او الاصل سواء كان يابسا ام اخضر وتعريش الكرم حيث تجري عادته به ونحو ذلك **قوله** والسقي وكذا مقدماته المتكررة كالدلو والرشا واصلاح طرق الماء وتنقيتها من الحماة ونحوها واستقاء الماء وادارة الدولاب وفتح راس الساقية وسدها عند الفراغ على ما يقتضيه الحاجة **قوله** وتعديل الثمرة وهو اصلاحها بازالة ما يضرها من الاغصان والورق ليصل اليه الهواء وما يحتاج اليه من الشمس والقمر وليتيسر قطعها عند الادراك ووضع الحشيش ونحوه فوق العنا قيد صونا لها عن الشمس المضرة بها ورفعها عن الارض حيث يضر بها ونحو ذلك **قوله** واللقاط بفتح اللام وكسرها وهو لقاط الثمرة بمجرى العادة بحسب نوعها ووقتها فما يؤخذ للزبيب يجب قطعه عند حلاوته في الوقت الصالح له وما يعمل دبسا فكذلك وما يؤخذ بسرا اذا انتهى الى حاله اخذه وما يؤخذ يابسا اخذ وقت يبسه **قوله** واصلاح موضع التشميس ونقل الثمرة اليه هذا فيما يفتقر الى التشميس كما يجب اصلاح موضع التشمير يجب تحري موضع يصلح له عادة ونقلها اليه ووضعها فيه على الوجه المعتبر وتقليبها في الشمس حيث يحتاج اليه فلو وضعها في غيره فيحصل بسببه نقص فيه **قوله** وحفظها اي حفظ الثمرة على اصولها وفي بيدرها وفي طريق ايصالها الى مالكها ان لم يكن المالك قد تولى ذلك وهل نقلها الى منزل المالك او بيته او من يقوم مقامه على العامل يحتمله لانه تمام العمل ولعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وعدمه لانه ليس من اعمال الثمرة وانما هو قبضها ولا يجب عليه كالشريك والضابط انه يجب عليه العمل الى وقت القسمة فلو اخل بشيء مما يجب عليه بالشرط تخير المالك بين فسخ العقد والزامه باجرة مثل العمل فان فسخ قبل عمل شيء فلا شيء له وان كان بعده فله الاجرة سواء كان قبل ظهور الثمرة ام بعده قضية للشرط اما ما يجب عليه مع الاطلاق فالظاهر انه كذلك قبل ظهور الثمرة اما بعده ففيه نظر وليس ببعيد الجواز ولو حصل على الاصل او نقص بسبب التقصير لزمه الارش والظاهر ان الثمرة كذلك **قوله** وعلى صاحب الاصل بناء الجدار ضابط ما يجب عليه ما لا يتكرر كل سنة عادة وان عرض له في بعض الاحوال ان يتكرر وهذه الامور التي ذكرها منها ولا فرق في بناء الحائط بين جميعه وبعضه وفي حكمه وضع الشوك ونحوه على راسه قاله في التذكرة ويشكل لو كان مما يتكرر كل سنة عادة طردا للضابطين **قوله** وعلى ما ينفق به من دولاب او دالية الضابط انه يجب عليه من الالات التي ما لا يتكرر غالبا في كل سنة كالدولاب والدالية ونحو ذلك وفي الحاق ثور الدولاب به او بثور الحرث وجهان اما ما يتكرر غالبا كالدلو والرشا فهو على العامل خلافا لابن ادريس حيث اوجب الجميع على العامل **قوله** وانشاء النهر ومثله الابار الجديدة والتي انهارت دون اصلاحها وتنقيتها من الحماة ونحوها كما مر **قوله** والكش للتلقيح وقيل يلزم ذلك العامل وهو حسن القول بوجوب الكش على المالك للاكثر لانه ليس من العمل وانما هو من الاعيان التي تصرف الى مصلحة الثمرة ولا ما له البلاء من وجوبه على العامل والقول بوجوبه عليه لابن ادريس لانه مما يتم به نماء الثمرة وصلاحها الواجبان عليه والاولى الرجوع فيه الى العادة ومع عدم اطرادها في شيء فالاولى التعيين ومثله الحرر الذي يعمل للكرم والزنبيل لعمل الزبيب وتسميد الارض حيث يحتاج اليه وفي التذكرة ان شراء الزبيل واجرة نقله على رب المال لانه ليس من العمل فجرى مجرى ما يلقح به وتفريق ذلك على الارض على العامل كالتلقيح وهذا التفصيل مبني على وجوب الكش على المالك كما اشرنا تعليله والا فمحل الاشكال كالاصل الذي الحقه به **قوله** ولو شرط شيئا من ذلك على

الكش بالضم الذي يلقح به النخل ق

العامل صح بعد ان يكون معلوما جميع ما ذكرناه سابقا مما يجب على العامل والمالك انما هو عند اطلاق العقد ولو شرطاه على من هو عليه
كان تأكيدا ولا يتبع في العقد ولو شرطاه على احدهما فان شرط ما على المالك على العامل صح بعد ان يكون معلوما بينهما على وجه لا
يحتمل الغرر وكذا لو شرط بعضه بطريق اولى ولو شرط ما يجب على العامل على المالك فان كان جميعه بطل لما ذكره المصنف من ان
الحصة انما يستحقها العامل بالعمل فاذا دفعه عنه لم يستحق شيئا وان ابقى منه شيئا فيه مستزاد الثمرة صح وجعلت الحصة مقابلة
للاصل وعموم المؤمنون عند شروطهم ولا فرق بين ان يبقى عليه الاقل والاكثر عندنا ولو ابقى العامل ما لا يحصل به مستزاد الثمرة
كالحفظ لم يصح ايضا للمنافاة وضع المساقاة كما لو ساقاه وقد بقي من العمل ذلك نعم لو جعلا ذلك بلفظ الاجارة مع ضبط المدة
صح قوله ولو شرط ان يعمل غلام المالك معه جاز لانه ضم مال الى مال اشار بالتعليل الى جواب بعض العامة المانع من ذلك محتجا
بان يده كيد مالكه وعمله كعمله فكما لا يصح اشتراط عمل المالك فكذا غلامه المملوك ولانه مخالف لوضع المساقاة وهو ان يكون من
المالك المال ومن العامل العمل وحاصل الجواب ان عمل غلام المالك مال له فهو ضم مال الى مال كما يجوز في القراض ان يدفع الى
العامل بهيمة تحمل عليها والفرق بين الغلام وسيده ظاهر فان عمل العبد يجوز ان يكون تابعا لعمل العامل ولا يجوز ان يكون عمل
المالك تابعا لعمله لانه هو الاصل ويجوز في التابع ما لا يجوز في المتبوع مع انا نمنع حكم الاصل فانا قد جوزنا ان يشترط على العامل
اكثر العمل قوله اما لو شرط ان يعمل الغلام بخاص العامل لم يجز وفيه تردد والجواز اشبه المراد بالاشتراط هنا ان يعمل الغلام في الملك
المختص بالعامل او العمل المختص به الى الخارج عن المال المشترك بينه وبين سيده الساقي عليه ووجه الجواز انه شرط سائغ فيجوز
اشتراطه ولانه اذا جاز ان يعمل في المشترك بينه وبين مولاه جاز في المختص ووجه المنع الموجب لتردده اولا انه شرط عملا
في مقابلة عمل فصار في قوة اشتراط جميع العمل على المالك وفساده ظ والمعروف ان المانع من ذلك الشافعي لكن المصنف
والعلامة ذكرا المسئلة على وجه يشعر بالخلاف عندنا وقد تكرر هذا منهما في مواضع كثيرة قوله وكذا لو شرط عليه اجرة
الاجراء شرط فيوضع اجرتهم منها شرطا للعامل على المالك اجرة الاجراء يحمل على وجهين احدهما ان يشترط عليه اجرة ما يحتاج اليه
العامل من الاجراء مما لا يقدر على مباشرته او لا يعتادها ونحو ذلك بحيث يكون منه عمل في الجملة فيه مستزاد الثمرة وجواز
هذا القسم واضح بعد ما ثبت في جواز اشتراط بعض العمل على المالك لكن يشترط هنا ضبط ما يشترط من ذلك حذرا من الغرر
وكذا لو شرط ذلك عليهما بطريق اولى وهذا القسم خالف فيه الشيخ ره فمنع من اشتراط اجرة الاجراء الذين يستعان بهم لان
موضوع المساقاة ان يكون من رب المال المال ومن العامل العمل وبالشرط المذكور يكون من رب المال المال والعمل معا وكذا منع
من اشتراط شيء مما على العامل على المالك مطلقا والاقوى الجواز فيهما والثاني ان يشترط العامل على المالك ان يستاجر باجرة على
جميع العمل ولا يبقى له الا الاستعمال والثمرة وفي صحة هذا الشرط وجهان احدهما الجواز لان ذلك عمل تدعو الحاجة اليه فان المالك
قد لا يهتدي الى الدهقنة واستعمال الاجراء ولا يجد من يباشر الاعمال او يامنه فيدعو الحاجة الى ان يساقي من يعرف لينوب
عنه في الاستعمال وثانيهما المنع للشك في ان مثل ذلك يسمى عملا من اعمال المساقاة الذي هو شرط في صحتها فان المتبادر
من اعمالها خلاف ذلك والعقود انما تكون بتوقيف الشارع خصوصا في مثل هذا العقد الذي هو على خلاف الاصل
اذا تقرر ذلك فقول المصنف وكذا لو شرط يمكن كونه معطوفا على الحكم بالجواز فيكون اشارة الى القسم الاول مع امكان ان
يريد الثاني ايضا ويمكن عطفه على التردد فيكون اشارة الى القسم الثاني مع امكان ان يريد به الاول وانما قلنا ذلك
لان الاول موضع رجحان مع احتمال المنع والثاني موضع تردد مع احتمال الجواز قوله وكذا لو شرط احدهما الانفراد بالثمرة
لم يصح المساقاة لمخالفته لمقتضاها لانها تقتضي شرعا التشريك بينهما في الثمرة فاذا شرطت لاحدهما بطلت لكن يختلف

الحكم

الحكم فان شرطها ان كان العامل فسدت والثمرة باجمعها للمالك وعليه للعامل اجرة المثل لدخوله على العمل بالعوض فاذا لم يسلم
المشروط يرجع الى الاجرة عمله اما اذا اشترطت للمالك فقد دخل العامل على التبرع بالعمل فالاقوى انه لا اجرة له لان المتبرع لا اجرة له
ولا حصة كما تقدم مثله في القراض ووجه احتمال استحقاقه الاجرة ان المساقاة يقتضي العوض في الجملة فلا يسقط بالرضا ب
بدونه وهو ضعيف قوله وكذا لو شرط لنفسه شيئا معينا وما زاد بينهما وكذا لو قدر لنفسه ارطالا او ثمرة نخلات بعينها
الوجه في جميع ذلك مخالفته لموضوع المساقاة فانها مبنية على الاشتراك في الثمرة على سبيل الشياع كما دل عليه النص وفعل
النبي صلى الله عليه واله ولانه ربما لا يحصل الا ذلك القدر المعين فلا يكون للاخر شيء قوله ويجوز ان يفرد كل نوع بحصة اذا
كان العامل عالما بمقدار كل نوع لان الغرض ثبوت حصة معلومة كيف كان فلو لم يعلم مقدار احد الانواع لم يصح لجهالة الحصة
في ذلك المشروط فيه اقل الجزئين وقد يكون اكثر الجنسين فيحصل الغرر قوله ولو شرط مع حصة من النماء حصة من الاصل الثابت لم
يصح لان مقتضى المساقاة جعل الحصة من الفائدة وفيه تردد وجه الفساد ما ذكر وان الحصة من الاصول يدخل في ملكه فلا
يكون العمل المبذول في مقابلة الحصة واقعا في ملك المالك ولا واجبا بالعقد اذ لا يعقل ان يشترط عليه العمل في ملك نفسه
ومن عموم الامر بالوفا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم وان ذلك يجري مجرى اشتراط غيره من ذهب او فضة وهو جائز ولا
كره والقول بالمنع اوجه قوله ولو ساقاه بالنصف ان سقى بالناضح وبالثلث ان سقى بالسائح بطلت المساقاة لان الحصة
لم تتعين وفيه تردد وجه البطلان واضح لان العمل مجهول والنصيب مجهول فهو مثل بعتك بدينار مؤجلا وبنصفه حالا و
يحتمل صحة ذلك لتعيين الحصة على التقديرين كما تصح الاجارة اذا قال ان خطته روميا فلك كذا وان خطته فارسيا فلك
كذا ومن ذلك يظهر منشأ التردد والاقوى البطلان ومسألة الاجارة ان ثبتت فهي خارجة بدليل خارج قوله ويكره ان يشترط
رب الارض على العامل شيئا من ذهب او فضة لكن يجب الوفاء بالشرط ولو تلفت الثمرة لم يلزم اما صحة شرط ذلك ف
فلعموم المؤمنون عند شروطهم وهو مع ذلك غير مناف لمقتضى العقد لان الثمرة مشاعة بينهما وهذا شرط زائد واما الكراهة
فهو المشهور بين الاصحاب لا نعلم بينهم خلافا في ذلك والعامة اطبقوا على منعه وابطلوا به المساقاة واما اذا تلفت الثمرة
اجمع ومثله ما اذا لم يخرج فوجه سقوطه الشهيد انه لولاه لكان اكل مال بالباطل فان العامل قد عمل ولم يحصل له عوض فلا
اقل من خروجه راسا بلا نفع لو كان الشرط للعامل على رب الارض الوجه عدم سقوطه لان العوض حصل للعامل وهو
العمل قد حصل والشرط قد وجب بالعقد فلا وجه لسقوطه وربما قيل بمساواته الاولى وهو ضعيف ولو كان التالف في
الصورة الاولى البعض خاصة فالاقوى عدم سقوط شيء من المشروط لاصالة العدم ولان المعتبر حصول عوض العمل ولا
اعتبار بكثرته وقلته ومن ثم لا يسقط من العمل شيء بتلف بعض الثمرة او اكثرها ويحتمل ان يسقط منه بالنسبة نظرا
الى مقابلة الاجزاء حيث قوبلت الجملة بالجملة وضعفه ظ قوله كل موضع يفسد فيه المساقاة فللعامل اجرة المثل والثمرة
لصاحب الاصل اما كون الثمرة لصاحب الاصل فظ لانها نماء ملكه ولم يحصل ما يوجب نقلها منه واما وجوب اجرة
المثل للعامل فلانه لم يتبرع بعمله ولم يحصل له العوض المشروط فيرجع الى الاجرة ويجب تقييده بما اذا كان جاهلا
بالفساد ولم يكن الفساد باشتراط جميع الثمرة للمالك اذ لو كان عالما به لكان متبرعا بالعمل لانه بذل عمله في مقابلة ما
يعلم انه لا يحصل واما مع شرط جميع الثمرة للمالك فدخوله على ان لا شيء له وان كان جاهلا وقد تقدم مثله لا يقال
ان ايقاع العقد يقتضي امر المالك له بالعمل فيلزمه الاجرة مطلقا لانه عمل له اجرة عادة والعامل ناصب نفسه
للاجرة فيثبت كما سياتي انشاء الله تع لانا نقول امر المالك له بالعمل ليس مطلقا حتى يلزمه الاجرة كما هو المفروض

في التالفة وانما امره بعوض مخصوص وهو الجزء من الثمرة مع علم العامل بعدم حصول ذلك بسبب الفساد فيكون كالوامر بالعمل
مع كون الثمرة باسرها له لان لانم هذا الاذن وعاملها تبرع العامل نعم يبقى في المسئلة بحث اخر وهو انه مع جهله بالفساد
وكونه ليس من جهة ما يقتضي عدم العوض على ما قررناه ان يثبت للعامل اقل الامرين من الحصة المشروطة واجرة المثل لان
الاقل ان كان هو الاجرة فظ لان فساد العقد اسقط الحصة فيرجع الى الاجرة وان كان الاقل هو الحصة فالعامل قدم على
ان لا يكون له سواها في مقابلة عمله حتى لو كانت في مقابلة عشر العمل كان مسقطا للزائد فيكون متبرعا بالزائد على هذا التقدير
كما تبرع به على تقدير اشتراط جميع الثمرة للمالك وعلى تقدير عمله بالفساد ويمكن الجواب بالفرق بين الموضعين وانه على
هذا التقدير لم يقدم على التبرع بعمله اصلا بل كما يحتمل ان يكون الحصة قاصرة عن مقابلة العمل يحتمل مساواتها له و
زيادتها عليه اضعافا مضاعفة فهو قادم على عمل بعوض يحتمل الزيادة والنقصان فليس متبرعا به مطلقا وان احتمل
قصوره في بعض الاحوال بخلاف العالم ومن يشرط جميع الحصة للمالك فانه قادم في ابتداء الامر على التبرع المحض على كل
تقدير وهذا الفرق لا باس به وان كان ما اقتضاه البحث متوجها ايضا واكثر الاصحاب اطلقوا وجوب اجرة المثل
مع الفساد وفيه تردد قوله اذا استاجر اجيرا للعمل بحصة منها فان كان بعد بدو صلاحها جاز وكذا لو كان بعد ظهورها
وقبل بدو صلاحها بشرط القطع صح ان استاجره بالثمرة اجمع ولو استاجره ببعضها قيل لا يصح لتعذر التسليم والوجه
الجواز اذا استاجره على العمل بجزء من الثمرة فان كان قبل ظهورها لم يجز قولا واحدا لان عوض الاجارة يشترط فيه الوجود
والمعلومية كعوض البيع وهما منتفيان هنا بخلاف عوض المساقاة فانها جوزت كذلك وخرجت عن الاصل بالنص
والاجماع ولاساس الحاجة وان كانت موجودة وكان قبل بدو صلاحها بني على جواز نقلها بالبيع مطلقا او بشرط
القطع وقد تقدم ان الاقوى الجواز مطلقا فيصح هنا كذلك واشتراط المقررة هنا شرط القطع بني على مذهبه في
البيع وكان عليه ان يضم اليه الضميمة ايضا فانه يكتفي بها في البيع عن شرط القطع فليكن هنا كذلك ولعله اكتفى
بالاشارة الى تساويهما في الحكم اجمالا ويتفرع على ذلك ما لو كان الاستيجار ببعضها فانه يتفرع عدم الجواز لانها
تصير حينئذ مشتركة والشركة تمنع من شرط القطع ولتعذر التسليم لتوقفه على اذن الشريك وقد لا يحصل والاصح الجواز
لامكان القطع والتسليم بالاذن كما في كل شركة وبفرض امتناع الشريك يمكن باذن الحاكم وان كان الاستيجار بجميع
الثمرة فلا اشكال لانتفاء المانع ومع الاكتفاء بالضميمة عن اشتراط القطع يندفع ذلك كله وحيث لم يعتبرهما
فلا اشكال في الموضعين قوله اذا قال ساقيتك على هذا البستان بكذا على ان اساقيك على اخر بكذا قيل يبطل
والجواز اشبه القول بالبطلان للشيخ ره في المبسوط محتجا بانه بمعنى بيعتين في بيعة فانه ما رضي ان يعطيه من هذا
الحصة الا بان يرضى منه من الاخر بالحصة الاخرى وهكذا في البيع اذا قال بعتك عبدي هذا بالف على ان تبيعني
عبدك بخمسمائة فالكل باطل لان قوله على ان تبيعني عبدك انما هو وعد لا يلزم الوفاء به والحال انه قد نقص الثمن
لاجله فاذا بطل ذلك رد الى الثمن ما نقص منه وهو مجهول فيتجهل الثمن قال وبهذا فارق ما اذا قال ساقيتك
على هذين الحائطين بالنصف من هذا والثلث من هذا لانها صفقة واحدة كما لو قال بعتك كذا وبعتك كذا الاول
بمائة والثاني بمائتين وابن الجنيد عكس الحكم فقال لا اختار ايقاع المساقاة صفقة واحدة على قطع متفرقة بعضها
اشق عملا من بعض الا ان يعقد كل على حدة ويشترط في العقد العقد على الاخرى والاقوى صحة الجميع ومنع الجهالة التي
ادعاها الشيخ لعموم الامر بالوفاء بالعقود وما يتضمنه من الشرط كالجزء منه ووجوب الوفاء بالشرط ولو فرض

عدم الوفا

عدم الوفا لا يقتضي فلك رد الناقص من الثمن كما ادعاه بل تسلط المشروط له على الفسخ كما في الاخلال بغيره من الشروط وابن الجنيد
لم يذكر على مدعاه دليلا ومقتضى الاصل جواز الامرين معا قوله ولو كانت الاصول لاثنين فقال الواحد ساقيتك على ان لك
من حصة فلان النصف ولك من حصة الاخر الثلث صح بشرط ان يكون عالما بنصيب كل واحد ولو كان جاهلا بطلت لتجهيل الحصة
اذا تعدد المالك وان اتحد العامل والعقد صحت المساقاة مع تساويهما في الحصة المجهولة كالنصف والثلث سواء علم حصة كل
واحد ام لا لان حصته معلومة من المجموع والمجموع معلوم ولا ضرورة الى العلم بقدر حصة كل واحد منهما وان اختلفا فلا بد من
معرفة العامل بقدر حصة كل منهما في الملك لئلا يتجهل حصة من الثمار لانه بمنزلة عقدين ولا فرق على تقدير العلم بحق كل واحد
بين الاثنين والزائد عليهما فلو كان بستان واحد بين ثلثة بالسوية فساقوا عليه واحدا يعلم بقدر النصيب على ان له من نصيب
واحد النصف ومن نصيب الثاني الربع ومن الثالث الثمن صح ويصح مسئلتهم من اربعة وعشرين مخرج السهام في عدد السهام
الشركاء لكل واحد منهم ثمانية فللعامل من حصة الاول اربعة ومن الثاني اثنان ومن الثالث واحد والباقي لهم على التفاوت المذكور
ولو كان البستان لستة ملاك بالسوية فساقوا عليه واحدا على ان له من نصيب واحد النصف ومن نصيب الثاني الربع ومن
الثالث الثمن ومن الرابع الثلثين ومن الخامس الثلث ومن السادس السدس وتصح مسئلتهم من مائة واربعين لكل واحد منهم
اربعة وعشرون فيأخذ العامل ممن شرط له النصف اثني عشر ومن الثاني ستة ومن الثالث ثلثة ومن الرابع ستة عشر و
من الخامس ثمانية ومن السادس اربعة فيجتمع له تسع واربعون وللملاك خمسة وتسعون يتفاوتون فيها على ما تقرر
وطريق بلوغها ذلك ان مخارج الثلثة الاولى متداخلة يكتفى فيها بمخرج الثمن ومخارج الثلثة الاخيرة متداخلة يكتفى منها
بمخرج السدس فيبقى ستة وثمانية وبينهما موافقة بالنصف يضرب نصف احدها في الاخر ثم يضرب المرتفع وهو اربعة و
عشرون في عدد الشركاء وقس على هذا ما شئت من فروض المسئلة ذكرنا منها هذا القدر للتدريب قوله اذا هرب العامل لم
تبطل المساقاة فان بذل عنه العمل باذل او دفع اليه الحاكم من بيت المال ما يستاجر عنه فلا خيار وان تعذر ذلك كان له الفسخ
لما كانت المساقاة من العقود اللازمة لم تنفسخ بمجرد هرب العامل ولا يتسلط المالك على فسخها به كما لا يملك فسخها بامتناعه
من العمل بغير هرب ثم ان تبرع المالك او غيره عليه بالعمل او بمؤنته بقي استحقاقه بحاله والا رفع المالك امره الى الحاكم ان وجد
ويثبت عنده المساقاة فيبعث الحاكم في طلبه فان وجده اجبره على العمل وان لم يجده وجد له مالا استاجر منه من يتم العمل
لانه متحتم عليه فان لم يجد له مالا انفق من بيت المال ولو قرضا ان كان فيه سعة فان لم ينفق اقترض عليه الحاكم او استاجر
باجرة مؤجلة الى وقت ادراك الثمرة ولو تعذر جميع ذلك اما بعدم من يعمل ذلك الحاكم او لعدم امكان اثبات العقد عنده او بعدم
بسط يده قبل الهرب لانه عمل محترم صدر باذن المالك في مقابلة عوض وقد فات بالفسخ فيجب قيمته وهو الاجرة ولكن
انما يفسخ اذا كان ذلك قبل ظهور الثمرة او بعده اذا لم يكن بيعها او بعضها للانفاق على العمل او لم يف به والا باعها او
بعضها ان امكن الاجتزاء به وانفق ولا فسخ لزوال الضرر ولو لم يوجد راغب في البعض مع الاكتفاء به في العمل باع الجميع وحفظ
الباقي للعامل وان لم يفسخ والحال انه قد تعذر اذن الحاكم والمتبرع انفق هو بنية الرجوع ورجع على الاقوى قوله ولو لم يفسخ
وتعذر الوصول الى الحاكم كان له ان يشهد انه يستاجر عنه ويرجع عليه على تردد ولو لم يشهد لم يرجع الاولى ان يراد
بتعذر الوصول الى الحاكم تعذر الوصول الى اذنه كما قلناه سابقا سواء كان موجودا او لم يكن استند انه لعدم امكان اثبات
الحق عنده ام لغير ذلك وفي حكم تعذره بعده عنه بحيث يتوقف الوصول اليه على مشقة كثيرة ومع ذلك فهل له ان يشهد
يرجع تعدد المعركة في ذلك من لزوم الضرر بدونه وهو منفي بالاية والخبر ومن اصالة عدم التسلط على مال الغير وثبوت شي

في ذمته بغير اذنه امره ومن يقوم مقامه والاقوى الرجوع ح مع نيته ويقتصر قوله ولو لم يشهد لم يرجع انه على تقدير القول بجواز
الرجوع مع الاشهاد ولو لم يشهد لم يرجع سواء امكنه الاشهاد ام لم يمكن لانه شرط في جواز الرجوع كاذن الحاكم فينتفي بدونه وهذا
احد الاقوال في المسألة والثاني ان يرجع مع تعذر الاشهاد لا مع امكانه كما في اذن الحاكم دفعا للحرج والضرر والثالث انه يرجع مع
نيته مطلقا وهو الاقوى اذ لا مدخل لشهادة الشاهدين في التسلط على مال الغير واثبات شئ في ذمته ولا ولاية لهما على
العامل وانما فائدتها التمكن من اثبات الحق وهو امر اخر والمقتضي لعدم الرجوع هو نية التبرع او عدم نية الرجوع ولا دلالة
عدم الاشتراط فعلى هذا يثبت حقه في ذمته فيما بينه وبين الله تع ويحتمل قويا قبول قوله مع يمينه لان الاصل ان الانسان
لا يتبرع بعمل يحصل فيه غرامة عن الغير قوله واذا ادعى ان العامل خان او سرق او اتلف او فرط فتلف فانكر فالقول قوله مع
يمينه اي القول قول العامل في ذلك كله لانه امين ونائب عن المالك في حفظ حصته كعامل القراض والاصل عدم ذلك كله قال
في التذكرة وانما تسمع دعوى المالك في ذلك كله اذا حرر الدعوى وبين قدرها فانه فح يقبل قول العامل مع يمينه ان لم يكن بينة
وهذا بناء منه على ان الدعوى المجهولة لا تسمع مع ان مذهبه في باب القضا سماع الدعوى المجهولة فلو قلنا بسماعها كما
هو الاجود كفى في توجه الدعوى مجرد دعوى احد هذه الامور من غير احتياج الى بيان القدر وهذه قاعدة ببابها اليق فلا
وجه لتخصيص البحث فيها بهذه الدعوى قوله وبتقدير ثبوت الخيانة هل ترفع يده او يستأجر من يكون معه من اصل الثمرة
الوجه ان يده لا ترفع عن حصته من الربح وللمالك رفع يده عما عداه الوجه وجيه لان الناس مسلطون على اموالهم فلا وجه
لرفع يد المالك عن ماله لاجل مال اخر ووجه الرفع ان اثبات يده على حصته تستدعي اثباتها على حصة المالك وذلك غير
جائز فما يتوقف عليه الواجب وهو رفع يده عن حصة المالك واجب وهو رفع يده عن حصته وضعفه ظاهر وفيه ترجيح
لاحد الحقين بلا مرجح وكذلك استيجار من يكون معه من الاصل فان ذلك حقه فلا يرفع بدون اذنه غايته ان المالك اذا لم
يرض باستيمانه ضم اليه من شاء يكون امينا على حصته نعم لو لم يمكن حفظه مع الحافظ توجه رفع يده عن الثمرة اجمع واخراج
اجرة العامل من اين لان العمل واجب عليه وقد تعذر فعله بنفسه فيكون كالهارب ويحتمل هنا وانها الاولى لمنع تعذر العمل
من جهته بمجرد خيانته ولحفظ المالك امينا كانت اجرته على المالك خاصة لانه نائبه والقائم مقامه في حفظ ماله وعمله لمصلحته
والعامل انما يجب عليه العمل وهو باذل له وخيانته لا ترفع ذلك وخالف فيه بعض العامة فجعلها على العامل لان مؤنة الحفظ
عليه وهو ضعيف لانه باذل للحفظ قوله اذا ساقاه على اصول فبانت مستحقة بطلت المساقاة والثمرة للمستحق وللعامل
الاجرة على المساقي لا على المستحق اما كون الثمرة للمستحق فظ لانها نماء ملكه ولم ينتقل عنه بوجه وينبغي تقييد ذلك بما اذا لم يجز
المساقاة لان المساقي الغاصب لا يتصور عدم كونه فضوليا ولا يقال ان مثل ذلك لا يتصور فيه اجازة المساقاة مع وقوع العمل بغير
عوض فكيف يرضى بدفع العوض وهو الحصة مع شيوعها له لان هذا الاستبعاد انما يتم لو كان الظهور بعد تمام العمل او قبله
بزمن قليل فيما هو اعم منه فيمكن ان يبقى من العمل ما يؤثر المستحق معه دفع الحصة في مقابلة الباقي لان الاغراض لا تنضبط و
اما ثبوت اجرة العامل على المساقي فلانه استدعى منه العمل عمله في مقابلة عوض ولم يسلم له فلم يدخل متبرعا وفي قول المص
فبانت مستحقة اشارة الى ان العامل جاهل بالاستحقاق فلو كان عالما لم يرجع على المالك بشئ كما اسلفناه والفرق بين ظهور
استحقاق الثمرة وبين هلاكها او سرقتها حيث يثبت الاجرة للعامل في الاول دون الثاني ان الاستحقاق يوجب فساد
العقد حيث لم يجزه المالك وفساد العقد يوجب الرجوع الى الاجرة على ما فصل بخلاف هلاك الثمرة وسرقتها وما شاكلها
فان العقد معه صحيح فلا يستحق العامل سوى الحصة وقد فاتته لان ذلك مقتضى عقد المساقاة على تقدير صحته قوله ولو

اقتسما

اقتسما الثمرة وتلفت كان للمالك الرجوع على الغاصب بدرك الجميع ويرجع الغاصب على العامل بما حصل له وللعامل على الغاصب
اجرة عمله او يرجع على كل واحد منهما بما حصل له وقيل له الرجوع على العامل بالجميع ان شاء لان يده عادية والاولى اشبه الابتدائي
يكون العامل عالما به اذا ظهر استحقاق الاصول بعد ظهور الثمرة فلا يخ اما ان يكون باقية او تالفة وتلفها اما ان يكون في يد
العامل او المساقي على وجه يضمن لو كان مالكا وعالما ملا اولا معه بعد القسمة او قبلها مع علم كل منهما بكونها مستحقة للغير
او لا معه ومع ادعاء المالك وتسليم العامل له ذلك قطعا او عملا بالظ اولا معه فهذه خلاصة اقسام المسألة التي يختلف الحكم
باختلافها واما حكمها فنقول ان كانت الثمرة باقية وجب ردها على مالكها الذي قد ثبت ظاهرا انها عين ماله وتبع نماؤها
فان كان بعد القسمة وتلف كل حصة في يد المستولي عليها تخير المالك في الرجوع على كل منهما بالجميع والبعض لان كلا منهما
ضامن لجميع الثمرة بوضع يده عليها فان رجع على الغاصب بالجميع كان للغاصب الرجوع على العامل بنصف الثمرة التي ه
استهلكت لانه لم يملكها العامل لفساد العقد ظاهرا وقد اخذ المالك عوضها من الغاصب فكانت حقا له لخروجها عن ملك
المالك باخذ عوضها من الغاصب فلا يجمع بين العوض والمعوض وللعامل على الغاصب الاجرة هذا اذا لم يصرح الغاصب
بكونه مالكا والا لم يكن له الرجوع على العامل بشئ لاعترافه بدعواه انه لا حق له على العامل لانه اخذ الحصة باستحقاق والمالك
ظالمه باخذ العوض منه فلا يرجع على غير ظالمه وكذلك ثبوت اجرة المثل مقيد بما اذا لم يصرح بملكية المساقي فانه يستلزم دعوى
كون المدعي مبطلا والبينة غير صادقة وانه لا حق له الا الحصة نعم لو كان اعترافه مبنيا على ظاهر اليد قبل رجوعه ولو رجع
على العامل بالجميع بناء على العامل بالجميع بناء على انه قد اثبت يده على جميع الثمرة فاستحق المالك الرجوع عليه رجع العامل
على الغاصب بنصف الثمرة التي اتلفها وباجرة مثله مع جهله ومع علمه لا يرجع باجرة بل بحصة الغاصب خاصة لقرار الضمان
على من تلفت في يده وان رجع على كل منهما بما صار اليه جاز لان قرار ضمانه على من تلف في يده فله الرجوع به من اول الامر
ثم يرجع العامل على الغاصب باجرة مثله لا غير ولو كان الجميع قد تلفت في يد العامل فضمان حصته عليه واما حصة الغاصب
فان يده عليها يد امانة من قبل المالك لانه امينه فاذا ظهر كونه ضامنا يرجع على الغاصب لغروره ولو تلف الجميع في يد الغاصب
نظر هل كانت يده عليه يد امانة او يد ضمان فيترتب على كل منهما مقتضاه اذا تقرر ذلك فقد اختار المص ان المالك ليس
له الرجوع على العامل بالجميع بعد حكاية القول بجوازه ووجه ما اختاره ان العامل لا يثبت يده على الثمرة بالعمل وانما هو مراع
لها وحافظ ونائب عن المساقي فلا يضمن الا ما حصل في يده حتى لو تلفت الثمرة باسرها بغير فعله قبل القسمة او غصبت لم
يضمن لان يده لم يثبت عليه بل يد العاقد مستدامة حكما والاقوى ما اخترناه من جواز الرجوع عليه بالجميع لان يده على
جميع الثمرة وان كانت بالنيابة واستدامة يد المساقي لا ترفع يده قوله ليس للعامل ان يساقي غيره لان المساقاة انما يصح
على اصل مملوك للمساقي الاصل في هذه المعاملة ان تقع على الاصول المملوكة للمساقي والعامل لا يملك منها سوى الحصة من الثمرة
بعد ظهورها كما قد علم من تعريفها وبقية احكامها ومن ثم لم يجز للعامل ان يساقي غيره بخلاف المزارعة فان مبناها
في الاصل على المعاملة على الارض بحصة من حاصلها وباقي لوازم العمل فيها ان يكون على العامل اذ لا يقتضي تعريف
المعاملة على الارض ازيد من ذلك ولما كان المقصود بالذات في المعاملتين هو الحاصل والارض مقصودة بالعرض كان للعامل
المزارعة ان يزارع غيره لان البذر الذي يتفرع منه الحاصل منه فكان البذر في ذلك كالاصول في المساقاة فيعامل عليه من
يملكه بخلاف المساقاة فان محل الاصول متعلق بالذات لمالكها ايضا كالثمرة فلا يجوز ان يعامل عليها بغير اذنه لاختلاف
الناس في العمل وتفاوت الاغراض فيه ويعلم من هذا ان البذر لو كان من رب الارض لم يجز للعامل مزارعة غيره وقد

تقدمت الاشارة اليه وربما اشكل الحكم فيما لو ظهرت الثمرة وبقي فيها عمل يحصل زيادة فيها فان المساقاة ح جائزة والعامل
يصير شريكا فيها فتسلطه عليها بالعقد كتسلط المزارع على البذر وكلاهما متقوم بالعوض والمتقوم بالذات هو الثمرة وهي مملوكة
للعامل لانه اذا ساقى ح لم يجعل الحصة الا مما يملكه اذ ليس له تصرف في مال المالك وتمامه سيجي عليه فان قيل ان المعاملة لا يكون
الا على الحصول كما قد علم وهي ليست مملوكة له فلا ينفعه ملك النماء قلنا وكذلك المعاملة في المزارعة انما هي على الامر وهي
ليست مملوكة له وتسلطه على البذر كتسلطه على الثمرة هنا اذ لا ينتقل منها الا ما هو ملكه وربما قيل بان ملك الارض ليس شرطا
في صحة المزارعة بل يكفي فيها اشتراكهما في ما في الثلثة التي يحصل بها الزرع وهي البذر والعمل والعوامل وعلى هذا الفرق سهل لان
متعلق المساقاة الاصول فيعتبر من مالكها ومتعلق المزارعة البذر فيعتبر من مالكه خاصة الا انا قد بينا سابقا ان ملك الارض
معتبر في صحتها بل حقيقتها شرعا ليست الا المعاملة عليها على الوجه المذكور ومع ذلك يقع الاشكال في صورة يكون مالكا للارض
والاجود ما يحصل من الجواب بان الارض لا يتقصد منها بالذات وانما يقصد الزرع والعبرة فيه بمالك الارض في المساقاة
يحصل بالعمل الاصول والثمرة معا كلاهما بالذات فلا يقع الا من مالكه او من ياذن له قوله خراج الارض على المالك الا ان يشترط
على العامل وبينهما الخراج في الارض الخراجية المفتوحة عنوة يكون على الارض مع خلوها عن الشجر المغروس فيها او لسطه
الارض لان حق المسلمين انما هو في الارض لا في الشجر وكذلك المقررة نسبة الخراج الى الارض وان كان قد يوضع على الشجر
وانما كان على المالك لانه يجب غراسه فيها الا ان يشترطه على العامل او عليهما فيجب بحسب ما شرط لكن يشترط علمهما بقدره
ليصح اشتراطه في العقد اللازم لئلا يتجهل العوض ولو زاد السلطان بعده له فهو على المالك على حكم ما يشترط وقد تقدم
مثله في المزارعة قوله والفائدة تملك بالظهور وتجب الزكوة فيها على كل واحد منهما اذا بلغ نصيبه نصابا اما كون الفائدة
تملك لهما بظهورها فمما لا نعلم فيها خلافا وفي التذكرة اسند الحكم الى علمائنا وهو ظاهر في الاجماع عليه لانه جمع مضاف يفيد
العموم والخلاف فيه مع بعض العامة حيث جعل ملك العامل موقوفا على القسمة ووجه المختار مع الاجماع ان مقتضى الشركة
كون الثمرة بينهما وصحتها يقتضي ثبوت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة والثمرة متحققة بالظهور ويتفرع على ذلك وجوب
الزكوة على من بلغ نصيبه منهما نصابا بالتحقق شرط وجوب الزكوة وهو ملك الثمرة قبل تحقق الوجوب ونموها في ملكه والحكم
بهذا التفريع لا نزاع بعد ثبوت الاصل وخالف فيه من اصحابنا السيد بن زهرة فاوجب الزكوة على من كان البذر منه
خاصة محتجا عليه بان الحصة للاخر كالاجرة وضعفه ظاهر لان الحصة قد ملكت هنا بعقد المعاوضة في وقت يصلح
لتعلق الزكوة بها لا بطريق الاجرة ثم لو سلم كونها كالاجرة لا يمنع من وجوب الزكوة بل اذا تعلق الملك بها قبل الوجوب
اذ لو استاجره بزرع قبل بدو صلاحه او اجر المالك الارض بالزرع كذلك لوجب الزكوة على مالك الاجرة كما لو اشترى الزرع كذلك
نعم لو كان يذهب الى ان الحصة لا يملكها من لا بذر له بالظهور بل بعد بدو صلاحها الثمرة ونحوه امكن ترتب الحكم لكنه
خلاف اجماع الاصحاب ومع ذلك لا يتم تعليله بالاجرة بل بتاخر ملكه عن الوجوب قال ابن ادريس رحمه الله اني راجعته في هذا الحكم
وكاتبته الى حلب ونبهته على فساده فلم يقبل واعتذر باعذار غير واضحة واباه بها انه تقل عليه الرد ولعمري ان الحق
ثقيل كله ومات رحمه الله وهو على ما قاله وفي المختلف ان قول ابن زهرة ليس بذلك البعيد عن الصواب وهو خلاف النظر والظاهر ان
الحامل له على ذلك كثرة تشنيع ابن ادريس عليه اذا تقرر ذلك فنقول على المشهور يجب الزكوة على المالك في نصيبه اذا بلغ
نصابا كيف اتفق اذ لا مؤنة عليه ويتقدر ان يحصل بالشرط او بغيره يعتبر بعدها واما العامل فيعتبر في الوجوب عليه على
القول باستثناء المؤنة بلوغ قدر النصاب بعدها او مطلقا مع استثنائها على ما تقدم تفصيله في الزكوة وعلى قول السيد

يجب على مالك البذر الزكوة في نصيبه قطعا واما حصة الاخر فهل يجب عليه زكوتها يبنى على ان مبنى حكمه هل هو على نحو
الملك عن بدو الصلاح او على ما يظهر من توجيهه انه كالاجرة وان قلنا يملكه له بالظهور فعلى الثاني لا يجب زكوتها على مالك
البذر لخروجها عن ملكه حين تعلق وجوب الزكوة وعلى الاول يكون من جملة المؤن فان لم يستثنها وجبت زكوتها عليه لان
انتقالها عن ملكه حصل بعد تعلق الوجوب كما يجب الزكوة على البائع لو باع الثمرة بعد بدو الصلاح وان استثنينا المؤنة كانت
من جملتها وحكمها في ثلم النصاب وعدمه حكم المؤنة المتاخرة عن بدو الصلاح والاقوى انها لا يثلم النصاب بل يزكي
الباقي بعدها وان قل قوله اذا دفع ارضا الى غيره ليغرسها على ان الغرس بينهما كانت المغارسة باطلة والغرس لصاحبه
ولصاحب الارض ازالته وله الاجرة وعليه ارش النقصان بالقلع المغارسة معاملة خاصة على الارض ليغرسها العامل
على ان يكون الغرس بينهما وهي مفاعلة منه وهي باطلة عندنا وعند اكثر العامة لان عقود المعاوضات موقوفة على
اذن الشارع وهي منتفية ههنا ولا فرق بين ان يكون الغرس من مالك الارض ومن العامل ولا بين ان يشترطا تملك العامل
جزءا من الارض مع الغرس وعدمه وحيث كانت باطلة فالغرس لصاحبه فان كان لصاحب الارض فعليه للعامل اجرة مثل
عمله لانه لم يعمل مجانا بل بحصة لم تسلم له وان كان للعامل فعليه اجرة المثل للارض عن مدة شغله لها ولصاحب الارض
قلعه لانه غير مستحق للبقاء فيها لكن بالارش لصدوره بالاذن فليس بعرق ظالم والمراد بالارش هنا تفاوت ما بين قيمته في ملكه
على الوضع الذي هو عليه وهو كونه حال غرسه باقيا باجرة ومستحقا للقلع بالارش وكونه مقلوعا الا ذلك هو المعقول من ارش
النقصان لا تفاوت ما بين قيمته قائما مطلقا ومقلوعا اذ لا حق له في القيام كذلك ليقوم بتلك الحالة ولا تفاوت ما بين كونه
قائما باجرة ومقلوعا لما ذكرنا فان استحقاقه للقلع بالارش من جملة اوصافه ولا تفاوت ما بين كونه قائما مستحقا للقلع ومقلوعا
لتخلف بعض اوصافه ايضا كما بينا ولا بين كونه قائما مستحقا للقلع بالارش ومقلوعا لتخلف وصف القيام باجرة وهذه
الوجوه المنفية ذهب الى كل منها بعض اختار الثاني منها الشيخ رحمه الله والاخير فخر الدين في بعض ما ينسب اليه والاخران ذكرهما
من لا يعتد بقوله والاول مع سلامته من ذلك لا يخلو من بعد لان معرفة الارش فيه متوقفة على معرفته حيث اخذ في تحديده
والظاهر ان القيمة لا يختلف باعتباره وان تعين كذلك كتعيين مقلوعا وقائما باجرة فلا يضر مثل هذا الدور وهذا الارش نظائر
كثيرة تقدم بعضها ويجب على العامل مع ذلك ارش الارض لو نقصت وطم الحفر خصوصا لو قلعه بغير اذن المالك وقلع العروق
المتخلفة عن المقلوع ولم يفرق الاصحاب في اطلاق كلامهم بين العالم بالبطلان والجاهل بل تعليلهم يؤذن بالتعميم لكن يبعد
الفرق بينهما وان لا اجرة لصاحب الارض مع علمه ولا ارش لصاحب الغرس مع علمه اما الاول فللاذن في التصرف فيها بالحصة مع علمه
بعدم استحقاقها واما الثاني فلظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه ويمكن دفعه بان الامر لما كان منحصرا في الحصة او الاجرة
لم يكن الاذن من المالك متبرعا فله الاجرة لفساد المعاملة والغرس لما كان باذن المالك وان لم يكن بحصة فرقه ليس بظالم فيكون مستحقا
للارش فرع لو كان الغرس من مالك الارض لكن الغارس ركب فيه نوعا اخر كما في شجر الجوز ونحوه فالمركب للغارس ان كان
اصله ملكه وكذا غاية مدة بقائه وعليه مع اجرة الارض اجرة اصول الغرس الحاصلة لمالك ازالة المركب للغارس لان اصله ملكه وكذا
تخلفه مع الارش كما مر قوله ولو دفع القيمة ليكون الغرس له لم يجبر الغارس وكذا لو دفع الغارس الاجرة لم يجبر صاحب الارض
على التبقية عدم اجبار كل منهما واضح لانه معاوضة مشروطة بالتراضي ولان ذلك غير لازم في الغصب فهنا اولى وخالف في ذلك بعض
العامة فخير المالك بين ان يكلف الغارس القلع ويضمن له الارش وبين اقرارها ويضمن له القيمة والله اعلم بالصواب

كتاب الوديعة

قوله وهي استنابة في الحفظ عرف المقررة عقد الوديعة ولم يعرفها نفسها مع انها اولى به ولعله جرى على ما اسلفه من ان هذه المفهومات عبارة عن العقد المفيد لتلك الفائدة كما علم من تعريفه البيع بانه العقد وكثيرا ما بعده فيكون الوديعة على هذا التعريف هو العقد المفيد للاستنابة في الحفظ كما عرفه غيره ولما كان العقد مركبا من الايجاب والقبول ثم يكن العقد هو الاستنابة خاصة لانها هنا يفيد فائدة الايجاب فلابد من ضميمة يدخل القبول بان يقال هو الاستنابة وقبولها ونحوه ليتم العقد فانه يقال المودع استناب في الحفظ ولا يقال للمستودع ذلك الا اذا جعل بمعنى اناب وهو بعيد او نقول ان القبول هنا بالقول ليس شرطا بل يقوم الفعل مقامه فكان المتوقف عليه العقد هو الايجاب خاصة وان كانت الوديعة لا يتم الا بهما الا ان التعريف هنا للعقد او نقول ان تحقق الاستنابة يستلزم قبولها اذ لو ردها بطلت ولم يحصل لها اثر فاطلقتها عليها لذلك وقد ينتقض التعريف في طرده بالوكالة فانها يقتضي الاستنابة في حفظ ما وكل بيعه وغيره وجوابه ان حقيقة الوكالة ليست هي الاستنابة في الحفظ بل الاذن فيما وكل فيه والحفظ تابع من توابعها بخلاف الوديعة فان حقيقتها الاستنابة والتعريف انما يكون لذات الشيء لا للوازمه وعوارضه و اجيب ايضا بالتزام اشتمال الوكالة على الوديعة من حيث تضمنها الحفظ وما ذكرناه اجود قوله ويفتقر الى ايجاب قبول وينعقد بكل عبارة دلت على معناه مقتضى كونه عقدا تركبه من الايجاب والقبول القوليين ويقتضي جوازه عدم انحصاره في عبارة بل يكفي كل لفظ دل عليه ولا يعتبر فيه التصريح بل يكفي فيه التلويح والاشارة المفهمة لمعناه اختيارا قوله ويكفي الفعل الدال على القبول اطلق المقررة وجماعة هنا انه يكفي القبول الفعلي مع اعترافهم بكونها عقدا نظرا الى ان الغاية منها انما هي الرضا بالاستنابة وربما كان الفعل اقوى فيه من القول باعتبار التزامه به ودخوله في ضمانه لو قصر بخلاف القبول القولي فانه وان لزمه ذلك شرعا الا انه ليس صريحا في الالتزام من حيث انه عقد جائز فاذا فسخه ولم يكن قبضه لم يظهر اثره واليد توجب الحفظ الى ان يرده على مالكه لعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وهذا مما فيه بعض الخروج عن حقيقة العقد ومن ثم ذهب بعض العلماء الى انها اذن مجرد لا عقد ويتفرع عليه عدم اعتبار القبول القولي وافرطوا الى ان الايجاب ان كان بلفظ اودعتك وشبهه مما هو على صيغ العقود وجب القبول لفظا وان قال احفظه ونحوه لم يفتقر الى القبول اللفظي كالوكالة وهو كلام موجه واعلم انه لا يجب مقارنة القبول هنا للايجاب سواء اعتبرناه ام اكتفينا بالفعلي قوله ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها اذا لم يقبلها المراد بالقبول هنا القبول الفعلي خاصة لان القبول اللفظي غير كاف في تحقق الوديعة فعلا بل لابد معه من الايجاب ولم يحصل هنا بمجرد الطرح واما الفعل فقد عرفت انه يجب معه الحفظ سواء تحققت به الوديعة ام لا نظرا الى ثبوت حكم اليد وحيث يحصل القبول الفعلي هنا انما يجب حفظها الا انها تصير وديعة شرعية وعبارة المقررة لا يدل على ازيد من ذلك لانه قال لم يلزمه حفظها ولم يقل يصير وديعة وذلك لان طرح المال لها اعم من اقترانه بما يوجب الايجاب وهو الاتيان بما يدل على الاستنابة لكن لما عرفت ان الايجاب يحصل بالقول الصريح والاشارة والتلويح ينظر هنا ان حصل مع الطرح ما يفيد ذلك كان القبول في قول المقررة اعم من كونه قوليا وفعليا وان لم يحصل معه ما يدل على الايجاب فالمعتبر في وجوب الحفظ القبول الفعلي خاصة لكن قوله لو طرح الوديعة لا يخلو من قرينة ان يريد بالطرح الايداع بواسطة تسميتها وديعة لغة عرفا فانها هي المال المودع وشرعا هي العقد المفيد للاستنابة في حفظه او نقول ان القبول يقتضي سبق ايجاب فيؤذن بانه استفاد من الطرح الايجاب

واما تسلمها

واما تسلمها بالفعل فلا يسمى قبولا دون سبق ايجاب وان وجب حفظها لذلك الا انه قد يتوسع في اطلاق القبول من غير سبق ايجاب مطلقا ويتحصل من ذلك صور الاولى ان يضع المال عنده ولا يحصل منه ما يدل على الاستنابة في حفظه فيقبله قولا ولا اثر له في الضمان ولا في وجوب الحفظ الثاني ان يقبله فعلا بان يقبضه الموضوع عنده فيضمنه ويجب عليه حفظه الى ان يرده على مالكه للخبر الثالث ان يتلفظ المالك مع الطرح بما يدل على الايداع فيقبل قبولا قوليا فيجب عليه الحفظ باعتبار الوديعة ولا ضمان الا مع التقصير الرابع ان يقبله قبولا فعليا فيتم الوديعة ايضا كما مر ولو طرحها عنده متلفظا بالوديعة ام لا ولم يحصل من الموضوع عنده ما يدل على الرضا قولا ولا فعلا لم يجب عليه حفظها فلو ذهب وتركها فلا ضمان عليه لكن يأثم لو كان ذهابه بعد ما غاب المالك لوجوب الحفظ حينئذ من باب المعونة على البر واعانة المحتاج فيكون واجبا على الكفاية ولو انعكس الفرض بان تمت الوديعة ولكن غاب المستودع وتركها والمالك حاضر عندها فهو رد الوديعة ولو كان المالك غائبا ضمن كذا جزم في التذكرة ويشكل تحقق الرد بمجرد الذهاب عنها مع حضور المالك لاصالة بقاء العقد وكون الذهاب اعم منه ما لم ينضم اليه قرائن تدل عليه وتنظر بما قررناه فساد ما ذكره بعضهم من ان قول المقررة ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها ما لم يقبلها فيه دلالة على جواز كون الايجاب فعليا لان مفهومه انه لو قبلها لزمه الحفظ الدال على تحقق الوديعة ولم يحصل من المالك ايجاب قولي بل مجرد الطرح وانت قد عرفت ان وجوب الحفظ المرتب على الفرض اعم من كونه لسبب الوديعة لانه قد يكون بسبب التصرف في مال الغير قوله ولو اكره على قبضها لم تصر وديعة لا يضمنها لو اهمل اي اهمل حفظها لانه غير واجب عليه بسبب الاكراه لكن يجب تنفيه عما اذا لم يضع يده عليها بعد زوال الاكراه مختارا فانه ح يجب عليه الحفظ باليد الجديدة وان لم يجب بالاكراه وهل يصير وديعة ام امانة شرعية يحتمل الاول لان المالك كان قد اذن له واستنابه في الحفظ غايته انه لم يتحقق معه الوديعة لعدم القبول الاختياري وقد حصل الان والمقارنة بين الايجاب والقبول غير لازمة ومن الغاء الشارع ما وقع سابقا فلا يترتب عليه اثره ويشكل بانه الغاه بالنظر الى الغابض لا بالنظر الى المالك ويمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختيارا بنية الاستيداع وعدمه فيضمن على الثاني دون الاول اعطاء لكل واحد حكمه الاصلي قوله واذا استودع وجب عليه الحفظ اي قبل الوديعة وان كان الاستيداع اعم منه وانما يجب عليه الحفظ ما دام مستودعا لان ذلك هو مقتضى تعليق الحكم على الوصف والا فان الوديعة من العقود الجائزة وجواز ردها في كل وقت بنافي وجوب الحفظ لا يقال وجوب الحفظ اعم من كونه لسبب الوديعة وغاية ما يتصور ان ينفسخ فيها في الحال ومع ذلك يجب عليه حفظها الى ان يردها الى مالكها فيتصور وجوب الحفظ على كل حال في الجملة لانا نقول وجوب الحفظ الى ان يرد وان كان واجبا الا انه قد لا يتحقق في الوديعة بان يكون المستودع منها عند المالك بحيث لا يتوقف الرد على زمان فلا يتم التقريب الا بما ذكرناه من وجوبه ما دام مستودعا او نقول ان الوديعة وان كانت جائزة لكن لا ينافي وجوب الحفظ فان الواجب على المستودع احد الامرين اما الحفظ او الرد على المالك فالحفظ واجب مخير فيصح اطلاق الوجوب عليه بقول مطلق واعلم ان قبول الوديعة التي يتفرع عليه حكم الحفظ قد يكون واجبا كما اذا كان المودع مضطرا الى الاستيداع فانه يجب على كل قادر واثق بالحفظ بقبولها منه كفاية ولو لم يوجد غير واحد يتعين عليه الوجوب وفي هذين الفردين وجوب الحفظ واضح وقد يكون مستحبا مع قدرته وثقته من نفسه بالامانة وكون المودع غير مضطر لما فيه من المعونة على البر الذي اقل مراتب الامر به الاستحباب وقضاء حاجة الاخوان وقد يكون محرما كما اذا كان عاجزا عن الحفظ او غير واثق من نفسه بالامانة لما فيه من التعرض للتفريط في مال الغير وهو محرم ومثله ما لو تضمن القبول ضررا على المستودع في نفسه او ماله او بعض المؤمنين ونحو ذلك وبهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ وعدمه ولا

يلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط او اخذت منه قهرا هذا اذا لم يكن سببا في الاخذ القهري كما لو كان هو الساعي بها الى الظالم ولم يعلم بعد ذلك على دفعه فانه يضمن فانه فرط في الحفظ بخلاف ما لو كانت السعاية من غيره او علم الظالم بها من غير سعاية ولو ما لو اخبر اللص بها فسرقها لو اخبره بها في الجملة ولكن لم يعين له مكانها قال في التذكرة انه لا يضمن ويشكل مع كونه سببا في السرقة لانه تفريط نعم لو لم يقصدها اللص فاتفقت مصادفته لها توجه ذلك وهنا بخلاف الظالم فانه يعلمه يضمن مطلقا والفرق ان الظالم اذا علم بها اخذها قهرا والسارق لا يمكنه اخذها من يده او مكانه ويمكن ان يامره بدفعها اليه بنفسه فيدفعها اليه كرها لانتفاء التفريط وح فيرجع المالك على الظالم بالعين او البدل وهل للمالك مطالبة المستودع بذلك يحتمله لانه باشر تسليم مال الغير الى غير مالكه واستقربه في التذكرة وعلى هذا فمعنى عدم ضمانه انه لا يستقر عليه بل يرجع بما غرم على الظالم والاقوى عدم جواز مطالبته لعدم تفريطه ولان الاكراه صير فعله منسوبا الى المكره ولانه محسن وما على المحسنين من سبيل والتسليم باذن الشارع فلا يتعقب الضمان قوله لو تمكن من الدفع وجب ولو لم يفعل ضمن اي تمكن من دفع الظالم عنها بالوسايل وغيرها حتى بالاختفاء عنه فانه ح يجب لقدرته على حفظها به الواجب عليه مطلقا فيجب ما يتوقف عليه فلو اهمل ذلك مع قدرته عليه ضمن لانه تفريط ولو امكن دفعه بشيء من المال منها او من غيرها بحيث لا يندفع بدونه عادة فالاقرب جوازه ويرجع به على المالك ان لم يمكنه استيذانه قبل الدفع او استيذان وليه وعدم نية التبرع ولو ترك الدفع عنها ببعضها مع امكانه ضمن ما يزيد عما يندفع به لا الجميع لان تعلق المدفوع ذاهب على التقديرين قوله ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع كالجرح او اخذ المال المرجع في كثرة الضرر وقلته الى حال المكره فمنهم من يعد الكلمة اليسيرة من الاذى كثيرا في حقه لكونه شريفا لا يليق بحاله ذلك ومنهم من لا يعتد بامثال ذلك وهكذا القول في الضرب واخذ المال ويفهم من قول المص ره ان مطلق اخذ المال ضرر كثير لا يجب تحمله وان جاز فمن ان كان المطلوب الذي لا يندفع عنها بدونه بقدرها لم يجب بذله قطعا لانتفاء الفايدة لكن لو بذله بنية الرجوع به هل يرجع يحتمله لان الوديعة لولاه ذاهبة فيكون بذله قدرها كبذلها وعدمه لان القدر المأذون فيه شرعا ما يترتب عليه مصلحة المالك وهو هنا منتف فلا يكون شرعيا وعلى هذا فيمكن عدم الرجوع بجميعه لما ذكر وبجزء منه لينقص عنها ويترتب الفايدة اذ الفرض عدم امكان ما نقص عنه ويبعد كونه يرجع بمقدار ما ينتقص عن قيمتها بدرهم مثلا ولا يرجع بشيء اصلا مما يساويها فان غير المأذون في المساوي انما هو القدر الذي ينتفي الفايدة معه لا جميع المبذول ولم اقف في هذا الحكم على شيء فينبغي تحريره قوله ولو انكرها فطولب باليمين ظلما جاز ان يحلف موريا ما يخرج به عن الكذب الجواز هنا بالمعنى الاعم والمراد منه الوجوب لان حفظ الوديعة لما كان واجبا وتوقف على اليمين كان من باب المقدمة وانما يجب التورية عليه اذا عرفها والا وجب الحلف ايضا بغير تورية لانه وان كان قبيحا الا ان اذهاب حق الادمي اشد قبحا من حق الله تع في اليمين الكاذبة فيجب ارتكاب اخف الضررين ولان اليمين الكاذب عند الضرورة مأذون فيه شرعا كمطلق الكذب النافع بخلاف مال الغير فانه لا يباح اذهابه بغير اذنه مع امكان حفظه بوجه ومتى ترك الحلف حيث يتوقف حفظ المال عليه فاخذه الظالم ضمنه للتفريط قوله وهي عقد جايز من طرفيه تبطل بموت كل واحد منهما وبجنونه ويكون امانة لا خلاف في كون الوديعة من العقود الجايزة فيبطل بما يبطل به من فسخها وخروج كل منهما عن اهلية التكليف بموت او جنون او اغماء فاذا اتفق ذلك للمودع وجب على المستودع ردها اليه او الى وارثه او وليه ولو كان ذلك من المستودع وجب ردها عليه في صورة الفسخ او على وليه في صورة الجنون او الاغماء او وارثه في صورة الموت ومعنى كونه بعد ذلك امانة انها امانة شرعية لحصولها في يده بغير اذن مالكها لكنها غير مضمونة عليه لاذن الشارع في وضع اليد عليها الى ان يردها على وجهه ومن حكم الامانة الشرعية وجوب المبادرة بردها على الفور الى مالكها او من يقوم مقامه فان اخر من ذلك مع قدرته ضمن ولو تعذر الوصول الى

المالك

المالك او وكيله او وليه الخاص سلمها الى الحاكم لانه ولي الغايب ولا فرق في ذلك بين علم المالك بانها عنده وعدمه عندنا اذ الفرض ذلك فلو كان الميت المودع وطلبها الوارث او لم يطلبها واخر المستودع الدفع مع امكانه وادعى عدم علمه بانحصار الارث في الوارث الظ او الشك في كونه وارثا واراد البحث عن ذلك ولم يكن هناك حاكم يرجع اليه فالاقوى عدم الضمان خصوصا مع الشك في كون المدعي وارثا لاصالة عدمه واما مع العلم بكونه وارثا فالاصل ايضا عدم استحقاقه لجميع المال والقدر المعلوم انما هو كونه مستحقا في الجملة وهو لا يقتضي انحصار الحق فيه واصالة عدم وارث اخر معارضة بهذا الاصل فيبقى الحكم في التأخير ووجوب البحث عن المستحق لنظائره من الحقوق ومثله ياتي في الاقرار لو اقر بمال لمورث زيد فانه لا يؤمر بتسليم جميع المقر به اليه الا بعد البحث حتى لو ادعى انحصار الارث في الموجود مع الجهل ففي جواز تمكينه من دفعه اليه وجهان من اعترافه بانحصار الحق فيه فيلزم بالدفع اليه ومن انه اقرار في حق الغير حيث يمكن مشاركة غيره له وسياتي البحث في ذلك انشاء الله فانه هنا عارض ولو اخر تسليم الوديعة الى الوارث ليبحث عن وصية الميت او اقراره بدين ونحوه فالاقرب الضمان لاصالة عدمه بخلاف الوارث واعلم انه من جملة احكام الامانة الشرعية مع ما تقدم من وجوب المبادرة الى ردها وان لم يطالب انه لا يقبل قول من هي في يده في ردها الى المالك مع يمينه بخلاف الوديعة والفرق ان المالك لم يستامنه عليها فلا يقبل قوله في حقه مع اصالة عدمه بخلاف الوديعة مع ما انضم اليه من الاحسان الموجب لنفي السبيل ولها صور كثيرة احدها ما ذكر من الوديعة التي يعرض لها البطلان وكذا غيرها من الامانات كالمضاربة والشركة والعارية ومنها لو اطارت الريح ثوبا ونحوه الى داره ومنها ما لو انتزع المغصوب من الغاصب بطريق الحسبة ومنها ما لو اخذ الوديعة من صبي او مجنون عند خوف تلفها ومنها ما يصير بايدي الصبيان من الاموال التي يكتسبونها بالقمار كالجوز والبيض ويعلم به الولي فانه يجب عليه رده الى مالكه او وليه ومنها ما لو استعار صندوقا ونحوه او اشتراه او غيره من الامتعة فوجد فيه شيئا فانه يكون امانة شرعية وان كان المستعار مضمونا ومنها اللقطة مع ظهور المالك وضابطه ما كان وضع اليد عليها بغير اذن المالك مع الاذن فيه شرعا قوله ويحفظ الوديعة بما جرت العادة بحفظها كالثوب في الصندوق والدابة في الاصطبل والشاة في المراح او ما يجري مجرى ذلك لما لم يكن لحفظ الوديعة كيفية مخصوصة من قبل الشارع كان المرجع فيه الى العرف فما عد فيه حفظا لمثل تلك الوديعة كان هو الواجب ولم يتعقبه ضمان لو فرض تلفها معه وما ذكره من الامثلة يدل عليه العرف واشار بقوله وما جرى مجرى ذلك الى ان ذلك بخصوصه غير متعين بل يقوم مقامه ما ساواه في الحفظ او زاد عليه كما لو وضع الدابة في بيت السكنى او الشاة في دار المقفولة ونحو ذلك ولا فرق في وجوب الحفظ بما جرت به العادة بين علم المودع بان المستودع قادر على تحصيل الحرز المعتبر وعدمه فلو اودعه دابة مع علمه انه لا اصطبل له او مالا مع علمه انه لا صندوق له ونحو ذلك لم يكن عذرا واعلم انه ليس مطلق الصندوق كافيا في الحفظ بل لا بد معه من كونه محرزا عن غيره اما بان لا يشاركه في البيت الذي فيه الصندوق يد اخرى مع كون البيت محرزا بالقفل ونحوه او كون الصندوق محرزا بالقفل وكذلك كونه كبيرا لا ينقل عادة بحيث يمكن سرقته كذلك مقفلا وهكذا القول في الاصطبل والمراح وغيرها قوله ويلزمه سقي الدابة وعلفها امره بذلك او لم يامره لما كانت الدابة من الاموال المحترمة التي لا يسوغ اتلافها بغير الوجه المأذون فيه شرعا وجب على المستودع علفها وسقيها بما جرت العادة به لامثالها وينبغي ان يريد بالدابة هنا مطلق الحيوان المحترم او يكون ذكرها على وجه المثال والحكم في الجميع كذلك واولى منه ما لو كان ادميا كالعبد فلو اخل به كان من جملة التفريط فيضمنه مطلقا ان تلفت ونقصها ان نقصت ولو لم يحصل واحد منهما صار ضامنا وخرج من كونه امينا وان عاد الى القيام بذلك كما لو تعدى بغيره ثم رجع الى الحفظ ويحصل التفريط بترك ذلك مرة واحدة او بعضها اذا تضرر بذلك ثم نقول اذا اودعه الحيوان المفتقر الى النفقة فلا يخلو اما ان يامره بالانفاق عليه او ينهاه او يطلق فان امره انفق

ويرجع عليه بما غرم والامر فيه واضح وان امكن توصل الى اذنه لو افتقر وكيله فيه فان تعذر رفع امره الى الحاكم ليامره به ان شاء
او يستدين عليه او يبيع بعضه للنفقة او ينصب امينا عليه فان تعذر الحاكم انفق هو واشهد عليه ورجع مع نيته و
كذا يرفع امره الى الحاكم الى اخر ما ذكر مع نهي المالك له عنه ولو تعذر الاشهاد اقتصر على نية الرجوع والكلام في اعتبار الاشهاد
في جواز الرجوع وعدمه ما تقدم في باب المزارعة وغيرها وفي حكم الحيوان الشجر الذي يفتقر الى السقي وغيره من الخدمة وفي
حكم النفقة على الحيوان ما يفتقر اليه من الدواء المرض وحيث يتفرع على عدم الاشهاد اما التعذر او لعدم اشتراطه واختلفا
في قدر الانفاق فالقول قول المودع عملا بالاصل قوله ويجوز ان يسقيها بنفسه وبغلامه اتباعا للعادة مقتضى العادة
جواز تولي الغلام ذلك سواء كان المستودع حاضرا عنده ام غائبا وسواء كان الغلام امينا ام لا وليس كل ذلك جائزا هنا
بل انما يجوز تولي الغلام لذلك مع حضور المستودع عنده ليطلع على قيامه بما يجب او مع كونه امينا والا لم يجز ولا فرق في
ذلك بين وقوع الفعل في المنزل وخارجه فلو توقف سقيها على نقلها ولم يكن امينا فلا بد من مصاحبته في الطريق و
انما يظهر الفائدة في نفس مباشرة الغلام لذلك وكذا لا فرق في ذلك كله بين الغلام وغيره ممن يستنيبه المستودع وعبارة
المصنف لا ينافي ما قيدناه لانه لم يجوز الا تولي السقي وهو اعم من كونها مع ذلك في يد المستودع وعدمه والعام لا يدل على
الخاص فيمكن تخصيصه اذا دل عليه الدليل وهو هنا موجود بما اتفقوا عليه من عدم جواز ايداع الودعي مع الامكان و
هذا في معناه وربما قيل بان ذلك في تمكين مباشرته لذلك الفعل عادة اما من لا يكون كذلك فيجوز له التولية كيف كان وهو
ضعيف قوله ولا يجوز اخراجها من منزله لذلك الا مع الضرورة كعدم التمكن من سقيها او علفها في منزله وشبه ذلك من
الاعذار لا فرق في المنع من اخراجها لذلك بين كون الطريق امنا وعدمه لان النقل تصرف فيها وهو غير جائز مع امكان
تركه ولا بين كون العادة مطردة بالاخراج لذلك وعدمه لما ذكر ولا بين كونه متوليا لذلك بنفسه وغلامه مع صحبته له و
عدمه لاتحاد العلة في الجميع واستقرب في التذكرة عدم الضمان لو اخرجها مع امن الطريق وان امكن سقيها في موضعها
محتجا باطراد العادة بذلك وهو حسن مع اطراد العادة بذلك لان الحكم فيه على العموم لعدم اطراد العادة بذلك في
بعض الاماكن وحيث جاز الاخراج فالحكم في مباشرة الغلام او غيره ما ذكرناه سابقا واعلم ان اطلاق كلامه يقتضي
عدم الفرق في جواز اخراجها لذلك مع امكان فعله في موضعها بين كون الطريق امنا وعدمه ووجهه ان ذلك الفعل من
ضروريات الحيوان لا يعيش بدونه فالضرر اللاحق بتركه اقوى من خطر الطريق الذي يمكن وقوعه وعدمه ولكن يشكل
في بعض الصور كما اذا كان التاخير في وقت اخر اقل ضررا وخطرا من اخراجها حين الحاجة ونحو ذلك فينبغي مع امكانها
في الضرر مراعاة اقل الضررين قوله ولو قال المالك لا تعلفها ولا تسقيها لم يجز القبول بل يجب سقيها وعلفها نعم
لو اخل بذلك والحال هذه اثم ولم يضمن لان المالك اسقط الضمان بنهيه كما لو امره بالقاء ماله في البحر انما لم يجز ترك
العلف والسقي مع النهي عنهما لانه حق الله تعالى كما انه حق للمالك فلا يسقط حق الله تعالى باسقاط المالك حقه ولان اتلاف المال
منهي عنه ولا اشكال في وجوبهما مع النهي انما الكلام في امرين احدهما الرجوع بعوضهما عليه وقد تقدم الكلام فيه و
الثاني انه لو تركهما حتى هلك هل يضمن ام لا وقد جزم المصنف بعدم الضمان وان حصل الاثم اما الاثم فلتركه حق الله تعالى
وايجابه عليه ذلك واما عدم الضمان فلان المالية حق للمالك وقد اسقط عنه الضمان بنهيه وكان في اتلاف ماله فلا
يتعقبه الضمان كالامر بالقاء ماله في البحر ونحوه من موجب الاتلاف فعلا واولى منه بعدم الضمان لو كانت الوديعة
غير حيوان كثمر يحتاج الى السقي والعمارة وثوب يحتاج الى النشر ونحوه ونهاه المالك عن ذلك وهل يجب حفظه هنا

كالاول

كالاول يحتمل لما في تركه من اتلاف المال المنهي عنه والاقوى عدمه لان سقوط المال انما يجب على مالكه لا على غيره وانما وجب في
الحيوان لكونه ذا روح فيتالم بالتقصير في حقه فيجب دفع الالم كفاية نعم يكره ترك اصلاحه للتضييع المذكور والوجهان
اثبتهما العلامة في التذكرة قوله ولو عين له موضع الاحتفاظ اقتصر عليه ولو نقلها منه الى احرز او مثله على قول
لا يجوز نقلها الى ما دونه اجماعا ذهب جماعة الى جواز نقلها الى الاحرز محتجين بالاجماع ودلالة مفهوم الموافقة عليه وفي نقل
الى المساوي فجوزه بعضهم وهو القول الذي نقله المصنف نظرا الى ان التعيين افاد الاذن في حفظها فيما كان في تلك المرتبة
كما في تعيين نوع الزرع والراكب في الاجارة فانهم جوزوا التخطي الى المساوي لتوافق المتساويين في الضرر والنفع المأذون
فيه والاقوى المنع لعدم الدليل على جواز تخطي ما عينه والحاق مساويه به قياس محض بل يحتمل قويا ذلك في النقل الى الاحرز
ايضا عملا بمقتضى التعيين ومنع دلالة مفهوم الموافقة هنا فان الاغراض تختلف في مواضع الحفظ اختلافا كثيرا من غير
التفات الى كون بعضها احفظ من بعض والاجماع على جوازه ممنوع بل ظاهر جماعة من الاصحاب منع التخطي مطلقا و
يمكن ان يكون القول المحكي في العبارة متعلقا في الامرين معا وقريب منها عبارة القواعد الا ان شارحها المتقدمين
صرحوا بان الخلاف في المساوي خاصة وفي حواشي الشهيد رحمه الله عليها ما يدل على تناول الخلاف للاحرز ايضا وهو مختارنا
عدم جوازه اذا تقرر ذلك فلو نقلها الى الاحرز او الى المساوي فتلفت ضمن على القول بعدم الجواز الا مع الخوف عليها
فيهما فانه يجوز نقلها الى غير المعين متحريا للاصلح او المساوي مع الامكان وان تعذر فالادون وانما جاز المساوي هنا لسقوط
حكم المعين بتعذره فينتقل الى ما في حكمه وهو المساوي فما فوقه وعلى هذا فيجب تقييد قول المصنف الا مع الخوف مع ابقائها
فيه فانه يشمل جواز نقلها الى الادون مع الخوف في المعين مطلقا وليس كذلك وعلى القول بجواز النقل الى الاحرز او المساوي
ينبغي ان لا يترتب عليه ضمان حيث انه فعل ما اذن فيه كما لا يترتب الضمان لو نقلها الى الادون مع الخوف لكن العلامة رحمه الله
حكم بجواز النقل اليهما مع الاطلاق والضمان مع تلفها فيهما وربما فرق ايضا بين تلفها بانهدامه او بغيره فيضمن في الاول
دون الثاني وفيهما معا نظر ولا فرق في الضمان مطلقا او عدمه كذلك على القول بالجواز قوله ولو قال لا تنقلها من هذه
الحرز ضمن بالنقل كيف كان الا ان يخاف تلفها فيه ولو قال وان تلفت اذا نهاه عن نقلها عن المعين لم يجز نقلها الى
غيره وان كان احرز اجماعا الا ان يخاف عليها في التعيين فانه حينئذ يجوز نقلها الى المساوي والاحرز مع الامكان والا الى
الادون بل يجب لان الحفظ عليه واجب ولا يتم الا بالنقل والنهي عن اضاعة المال فلا يسقط هذا الحكم بنهي المالك وان
صرح بقوله وان تلفت لكن هنا لو ترك نقلها اثم ولا ضمان لاسقاط المالك له عنه كما مر واعلم انه لو نقلها الى غير المعين
وتوقف النقل على اجرة فقد قال في التذكرة انه لا يرجع بها على المالك لانه متبرع بها وهو حسن مع احتمال الرجوع مع نيته
لان الشارع اذن له في ذلك فيقدم على اذن المالك ولان فيه جمعا بين الحقين مع مراعاة حق الله تعالى في امتثال امره بحفظ المال
قوله ولا يصح وديعة الطفل ولا المجنون ويضمن القابض ولا يبرا بردها اليهما لا شبهة في عدم جواز قبول الوديعة منهما
لعدم اهليتهما للاذن فيكون وضع يد المستودع على المال بغير حق فيضمن ولا فرق في ذلك بين ان يكون المال لهما ولغيرهما
وان ادعيا اذن المالك لهما في الايداع واطلاق حكم المصنف بالضمان يشمل ما لو علم تلفها في ايديهما وعدمه والاقوى انه
لو قبضها منهما مع خوف هلاكها بنية الحسبة في الحفظ لم يضمن لانه محسن وما على المحسنين من سبيل لكن يجب عليه
مراجعة الولي في ذلك فان تعذر قبضها وترتب الحكم واما عدم البراءة بردها اليهما على التقديرين فواضح للحجر عليهما في ذلك
وشبهه فلا يبرأ الا بردها على وليهما الخاص او العام مع تعذره قوله ولو ابتدع على الدين بينهما بالاهمال لان المودع لما سلف

ماله اى يجب فى اتلافه حيث اودعه من لا يكلف بحفظه وهذه علة تقريبية فان دفع ماله الى مكلف يعلم انه يتلفه يكون متلفا له
مع ان فى بقيته يضمنه والاولى فى التعليل ان الضمان باعتبار اهمالها انما ثبت حيث يجب الحفظ والوجوب لا يتحقق هنا لانه
من خطاب الشرع المختص بالمكلفين ولا بيانا منه قوله صلى الله عليه واله على اليد ما اخذت حتى تؤدى لان على ظاهره فى وجوب
الدفع والتكليف بالرد فيكون مختصا بالمكلف ويفهم من قوله لم يضمنها بالاهمال انها لو تلفت بغيره فان تعديا فيها فتلفت فانهما
يضمنانه وهو كذلك على الاقوى لان الاتلاف لمال الغير سبب فى ضمانه اذا دفع بغير اذنه والاسباب من باب خطاب الوضع
يشترك فيها الصغير والكبير ومثله القول فى كل ما يتلفانه من مال الغير وما يتلفانه منه فانهما يضمنانه وان لم يكن لهما مال حين
الاتلاف لان تعلق الحق بالذمة لا يتوقف عليه نعم ايجاب التخلص من الحق عليهما يتوقف على التكليف كما من قبله يكون المطالب
بالدفع من مالهما الولى ان كان لهما مال والا كان دينا عليهما يجب عليهما قضاؤه بعد التكليف ولو فرض فوتهما قبله ولا مال لهما او
لهما مال ولم يعلم الولى بالحال لم يؤخذا الا فى الاخرة بخلاف المكلف واعلم ان فى المسألة ايداعهما ومباشرتهما الاتلاف وجهين اخرين
احدهما عدم الضمان لعدم التكليف والتسليط مالكهما لهما عليها فكان سببا قويا والمباشر ضعيف وجوابه يظهر مما سبق والثانى
الفرق بين المميز وغيره فيضمن المميز خاصة لعدم قصد غيره الى الاتلاف فكان كالدابة وفيه نظر لان المقتضى للضمان وهو الاتلاف
موجود والمانع غير صالح للمانعية اما القصد فلانه لا مدخل له فى الضمان وعدمه كما يعلم من نظايره واما تسليط المالك فانه
انما وقع على الحفظ لا على الاتلاف غاية ما فى الباب انه عرضه له بسبب عدم صلاحيتهما للحفظ وهو غير كاف فى سقوط الضمان
عنهما لو باشراه بخلاف ما اذا تركا الحفظ والاقوى الضمان مطلقا قوله واذا ظهر للمودع امارات الموت وجب الاشهاد بها لما كان
حفظ الوديعة واجبا مطلقا وجب كل ما يتوقف عليه ومن جملته الاشهاد عليها اذا حصل له امارة الموت بمرض مخوف او
حبس للقتل ونحو ذلك وهل يعتبر فى الاشهاد الواجب شاهدان ليحصل بهما اثباتها حيث ينكر الورثة او يكونوا الى بعضهم
صغارا ومثلا يمنع الوصى من تسليمها الى مالكها بدون الاثبات ام يكفى واحد بحيث يحصل وصيا وايصاؤه لها المتبادر من الاشهاد الاول
وليتحقق الغاية المطلوبة منه ويحتمل الاكتفاء بالثانى وهو الظاهر من عبارات العلامة حيث جعل الواجب هو الايصاء بها وهو
يتحقق بدون الاشهاد وعلى التقديرين فلو اخل بذلك ضمن للتفريط ولكن لا يستقر الضمان الى ان يموت فيعلم التفريط فى اول
زمان ظهر فيه امارة الموت سواء كان ذلك فى ابتداء المرض ام فى اثنائه والظاهر ان الاشهاد والايصاء كاف وان قدر على ايصالها
الى مالكها او من يقوم مقامه لانه لم يخرج بذلك عن اهلية الامانة فيستصحب ووجوب الاشهاد لا ينافيه لانه من وجوه الحفظ
الواجب عليه وربما قيل بوجوب الدفع على المالك او وكيله او الحاكم عند تعذرهما او ايداعها الثقة عند تعذره فان عجز عن ذلك
كله اشهد عليها وهو الذى اختاره فى التذكرة اولا ثم رجع عنه الى الاكتفاء بالوصية ولو غفل عن موته فجاءه لم يضمنها وان تلفت
اذ لا يعد مقصرا ولا يجب الاشهاد عليها على كل وديعة لامكان ذلك فى حقه وهو منتف اتفاقا وحيث يكتفى بالوصية
يعتبر فى الوصى العدالة ولا فرق فيه بين الوارث والاجنبى والمراد ان يعلمه بها ويامره بردها على تقدير الموت لان يسلمها اليه
لانه ايداع لا يصح ابتداء نعم لو تعذر الوصول الى المالك او من يقوم مقامه واضطر الى ذلك جاز تسليمها له كما يجوز ايداع الثقة عند
الضرورة ولو اوصى الى غير الثقة فهو كما لو لم يوص اذا تقرر ذلك فنقول يجب على الودعى على تقدير الاشهاد والايصاء تعيين
الوديعة وتمييزها ببيان جنسها ووصفها الرافعين للجهالة عنها فلو اقتصر على قوله عندى وديعة او لفلان او ذكر الجنس
وابهم الوصف كما لو قال عندى ثوب لفلان فهو كما لم يوص ثم على تقدير ذكر الجنس خاصة اما ان لا يوجد فى تركته ذلك الجنس
او يوجد متعددا او متحدا ففى الاولين لا حكم للموصى له بشئ ويضمن الودعى اما على تقدير عدم وجوده فلتقصيره بترك البيان

واما على

واما على تقدير وجود المتعدد فهو بمنزلة خلطها بماله بحيث لا يتميز فيكون تفريطا يوجب الضمان ولا يكون الموصى له شريكا فى الثياب
الموجودة لاصالة عدم استحقاقه شيئا فى تركة الودعى وان كان ضامنا لحقه فيرجع الى المثل او القيمة ويحتمل كونه شريكا لاصالة بقائها
وان حكم بالضمان كما لو مزجه بماله ولو وجد ثوب واحد ففى الحكم به للمالك وجهان ماخذهما اصالة بقاء حقه الثابت بالاقرار فيستصحب الى
ان يعلم التلف وحمله لاطلاقه على الموجود لاصالة عدم غيره وان الموجود نحكم به بتركه ظاهرا وتقصيره فى التمييز اقتضى ضمانها اما
كونها الموجود فلا ولاحتمال ان لا يكون هو الوديعة فلا يحكم بها مع قيام الاحتمال وترك العمل بظاهر اليد وفى تقدير عدم الحكم
له به هل يحكم بضمانه وديعته قيل لا لجواز تلفها بغير تفريط قبل الموت والاقرار بها لا ينافيه وقيل نعم لاصالة البقاء والحق ان الحكم
مبنى على ان الاحتمال المذكور هل يعد تقصيرا يوجب الضمان كما هو الظاهر من كلامهم ام لا فان قلنا به ضمن قطعا للتفريط وان قلنا
بالثانى فلا لاصالة عدمه وبراءة الذمة واما اصالة بقائه فلا يقتضى الضمان بل هى اعم منه فلا يدل عليه وقد مضى مثله وسياتى
الكلام على نظيره قوله ولو لم يشهد وانكر الورثة كان القول قولهم ولا يمين عليهم الا ان يدعى عليهم العلم هذا الحكم واضح لاصالة
عدم الوديعة كما لو انكرها المورث وكل من يدعى عليه وانما الكلام لا يجب عليهم اليمين لان الدعوى متعلقة بمورثهم لا بهم كما لو ادعى
عليه بدين الا ان يدعى عليهم العلم بذلك فيلزمهم الحلف على نفى العلم لا على البت لان ذلك ضابط الحلف على نفى فعل الغير ومثله
ما لو اقر له الورثة بالوديعة ولكن لم يوجد فى التركة وادعى المستودع انه قصر فى الاشهاد وقال الورثة لعلها تلفت قبل ان ينسب
الى التقصير فالقول قولهم عملا بظاهر براءة الذمة ولا يمين ايضا الا مع دعواه عليهم بالتقصير ويمكن ان يريد المصنف بمسألته
هذا القسم بان يكون المراد بانكار الورثة انكارهم وجودها فى التركة حيث لم يشهد وان حملوا ترك اشهاده على تلفها قبل
حصول ما يوجب الاشهاد وادعى المالك بقاءها وتقصيره فى الاشهاد والحكم فى المسألتين واحد قوله ويجب اعادة الوديعة على
المودع مع المطالبة اذا طلب المالك الوديعة وهى باقية وجب على الودعى ردها عليه فى اول اوقات الامكان لا بمعنى مباشرته
للرد وتحمل مؤنته كما يظهر من العبارة بل بمعنى رفع يده عنها والتخلية بين المالك وبينها فان كانت فى صندوق مقفل ففتحه
عليه وان كانت فى بيت محرز فكذلك وهكذا والمراد بالامكان ما يعم الشرعى والعقلى والعادى فلو كان فى صلاة واجبة اتمها
او بينه وبينها حائل من مطر مانع ونحوه صبر حتى يزول او فى قضاء حاجة فالى ان ينقضى الضرورى منها ويعتبر فى الذهاب
مجرى العادة ولا يجب الزيادة فى المشى وان امكن وهل يعد كالطعام والحمام وصلاة النافلة وانقطاع المطر غير المانع عذرا
وجهان واستقرب فى التذكرة العدم مع الحكم فى باب الوكالة بانها اعذار فى رد العين اذا طلبها الموكل وينبغى ان يكون هنا اولى
وهل له التاخير ليشهد عليه عذر قيل نعم ليدفع عن نفسه النزاع واليمين لو انكر الرد وقيل لا لان قوله فى الرد مقبول فلا حاجة
الى البينة وان الوديعة مبنى على الاخفاء غالبا وفصل اخرون جيدا فقالوا ان كان المالك وقت الدفع قد اشهد عليه بالايداع
فله مثله ليدفع عن نفسه التهمة وان لم يكن اشهد عليه عنده لم يكن له ذلك وحيث يؤخر الدفع امكانه يكون ضامنا لانه من
اسباب التقصير ولو كان لعذر وجب المبادرة فى اول اوقات زواله قوله ولو كان كافرا يشمل الملحد والكافر الحربى وغيرهم من انواع
الكفار ومن يجوز اخذ ماله فان الوديعة مستثناة من ذلك عملا بوجوب الامانة وقد قال تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات
الى اهلها ورواية فضيل عن الصادق ع قال سالته عن رجل استودع رجلا من مواليك مالا له قيمة والرجل الذى عليه المال
رجل من العرب يقدر على ان لا يعطيه شيئا والمستودع رجل خارجى شيطان فلم ادع شيئا فقال قل له يرد عليه فانه ايتمنه عليه
بامانة الله وقال الحسين الشيبانى للصادق ع ان رجلا من مواليك يستحل مال بنى امية ودماءهم وانه وقع له عنده وديعة
فقال ع ادوا الامانات الى اهلها وان كانوا مجوسا فان ذلك لا يكون حتى يقوم قائمنا فيحل ويحرم وفى معناها اخبار كثيرة وقال

ابن المتوج اذا كان المودع حربيا وجب على المودع ان يحمل الى سلطان الاسلام والمشهور بين الاصحاب هو الاول ولا نعلم فيه مخالفا
غيره قوله الا ان يكون المودع غاصبا لها فيمنع منها ولو مات وطلبها وارثه وجب الانكار ويجب اعادتها على المغصوب ان عرف
وان جهل عرّف سنة ثم جاز التصدق بها على المالك ويضمن المتصدق ان كره صاحبها هذا هو المشهور بين الاصحاب ومستنده
رواية حفص بن غياث عن الصادق ع والطريق ضعيف ولكنه عندهم مجبور بالشهرة واوجب ابن ادريس ردها الى امام المسلمين
فان تعذر ابقاها امانة ثم يوصي بها الى عدل الى حين التمكن من المستحق وقواه في المخ وهو حسن وان كان القول بجواز التصدق
بها بعد الياس والتعريف متوجها ايضا كما في كل مال يئس من معرفة صاحبه لان فيه جمعا بين مصلحتي الدنيا والاخرة بالنسبة
الى مالكها فانه لو ظهر غرم له ان لم يرض بالصدقة فلا ضرر عليه وذهب المفيد ره الى انه يخرج خمسها لمستحقه والباقي
يتصدق به ولم يذكر التعريف وتبعه سلار والاجود التخيير بين الصدقة بها وابقائها امانة وليس له التملك بعد التعريف هنا
وان جاز في اللقطة وربما احتمل جوازه بناء على الرواية فانه جعله فيها كاللقطة وهو ضعيف ويمكن ان يريد انها بمنزلة
اللقطة في وجوب التعريف لا مطلقا ولم يذكر من عمل بالرواية جواز التملك وكما يجب انكارها على الوارث يجب على المودع
ايضا لاستوائهما في عدم الاستحقاق وتخصيص المصنف ره بالوارث لا وجه له وانما يجب منع الغاصب منها مع امكانه فلو لم يمكن
على ذلك سلمها اليه وفي الضمان ح نظر والذي يقتضيه قواعد الغصب ان للمالك الرجوع على ايهما شاء وان كان قرار الضمان
على الغاصب قوله ولو كان الغاصب مزجها بماله ثم اودع الجميع فان امكن المستودع تمييز المالين رد عليه ماله ومنع الآخر
وان لم يمكن تمييزها وجب اعادتها على الغاصب هكذا اطلق المصنف ره وجماعة من الاصحاب ووجهه ان منعه منها يقتضي
منعه من ماله لان الفرض عدم التمييز وهو غير جائز ويشكل بان في الرد تسليطا للغاصب على مال غيره بغير حق وهو غير جائز
ايضا والاقوى رده على الحاكم ان امكن ليقسمه ويرد على الغاصب ماله فان تعذر وكان مثليا وقدر حق الغاصب معلوما احتمل
قويا جواز تولي الودعي القسمة جمعا بين الحقين والقسمة هنا اجبارية للضرورة فيتولاها الودعي بمنزلة المالك حيث قد تعذر نفسه
والحسبة ولو لم يكن كذلك بان امتزج على وجه لا يعلم القدر اصلا ففيه اشكال ويتوجه ح ما اطلقه المصنف ره ان لم يكن مراودة
الغاصب على وجه يمكن معه الاطلاع على الحق ويحتمل عدم جواز الرد مطلقا مع امكانه الى ان يعترف الغاصب بقدر معين
او يقاسم لاستحالة ترجيح حقه على حق المغصوب منه مع تعلق الودعي بالحقين وليس في كلام الاصحاب هنا شيء منقح قوله
في موجبات الضمان وينظمها شيئان التفريط والتعدي والفرق بينهما ان التفريط امر عدمي وهو ترك ما يجب فعله بالحفظ و
نحوه والتعدي امر وجودي وهو فعل ما لا يجوز فعله كلبس الثوب ونحوه قوله فكان يطرحها فيما ليس بحرز اي يطرحها فيه و
يذهب عنها اما لو بقي مراعيا لها بنظره لم يعد تفريطا لان العين حرز الا ان يكون المحل غير صالح لوضعها فيه بحسب حالها وهو
نوع آخر من التفريط قوله او يترك نشر الثوب الذي يفتقر الى النشر كما يجب نشر الاملاك وسقي الدابة وعلفها وغيره مما فيه بقاؤها
فكذا يجب في كل وديعة فعل ما يقتضي بقاءها ودفع ما يوجب فسادها كنشر الثوب وطيه وتعريضه للهواء في كل وقت يفتقر
اليه بحسب جنسه عادة حتى لبسه لو لم يندفع ضرر الآفة الا به فلو اخل بذلك ضمن سواء اذن المالك فيه ام سكت لان الحفظ
واجب مطلق فيجب كل ما يتوقف عليه اذا كان مقدورا نعم لو نهاه المالك عن ذلك لم يلزمه الضمان وان جاز له فعله حفظا
للمال وقد تقدم مثله في نفقة الدابة ولو افتقر فعل ذلك الى اجرة فالحكم فيها كالنفقة من وجوب مراجعة المالك او الحاكم ثم يتولى
ذلك بنفسه والرجوع به مع نيته الى آخر ما تقدم قوله او يودعها من غير ضرورة ولا اذن لا فرق في عدم جواز ايداعها من دون
اذن مالكها وعدم الضرورة بين ان يودعها الاجنبي وولده وعبده وغيرهم ولا بين الثقة وغيره ولا بين ان يجعل ذلك الغير مستقلا

بها او شريكا في الحفظ بحيث يغيب عن نظره وهو موضع وفاق ولانه تصرف في مال الغير بغير اذنه لان المالك لم يرض بيد غيره وامانته
وفي حكم مشاركة غيره في الوديعة وضعها في محل مشترك في التصرف بحيث لا يلاحظه في ساير الاوقات سواء كان خارجا عن داره
ام غير خارج نعم لو كان عنده من يعتمده لضرورته انه يتحفظ من يثق به ويلاحظ الحرز في غيبته لم يقدح في التذكرة اعتقاده لقضاء
العادة به ولانه ايداع عند الحاجة ولو فوض الحفظ الى الغير لا للضرورة او اشركه او لم يحرز عنه ضمن ويشترط في الضمان بالايداع
شرطين احدهما عدم الضرورة فلو حصل ضرورة في الايداع بان خاف عليها من حرق او سرق او نهب او اراد سفرا وتعذر ردها الى
المالك او وكيله دفعها الى الحاكم ولا يسمى ذلك ايداعا فان تعذر اودعها العدل وهذا هو الخارج بالتقييد فلا يجوز ايداعها
للضرورة ابتداء بل على الوجه الذي فصلناه وسياتي في كلامه التنبيه عليه والثاني اذن المالك في الايداع فيجوز ح على
حسب ما ياذن فيه قدرا ووصفا ولا ضمان مع الايداع كما نص الا اذا خالف المعين مطلقا او الوصف في غيره الى ما دونه قوله او يسافر
بها كذلك مع خوف الطريق وامنه من جملة اسباب التفريط السفر بالوديعة من غير ضرورة ولا اذن المالك سواء كان الطريق امنا
ام مخوفا فاذا اراد السفر وجب عليه ردها على المالك او وكيله كما مر فان تعذر فعلى الحاكم فان تعذر اودعها العدل فان تعذر
فلا يخلو اما ان يخاف عليها مع ابقائها في البلد اولا فان خاف جاز السفر بها كما سياتي وهو الموافق لمفهوم العبارة هنا وان
لم يخف عليها فمفهوم قوله كذلك اي كالسابق وهو عدم الضرورة والاذن انه لا يجوز السفر بها ح وهو كذلك لان الاذن مع الاطلاق
انما تناول الحفظ في الحضر عملا بالعادة ولان السفر لا يخلو من خطر في الجملة والخبر ولا فرق في الضرورة بين تعلقها بالوديعة
كالخوف عليها او بالودعي كما لو اضطر الى السفر فانه يجوز ان يسافر بها ح مع تعذر ايصالها الى من ذكر سابقا وقد ادعى في التذكرة
الاجماع على جواز السفر بها ح والمعتبر في تعذر الوصول الى المالك ووكيله والحاكم المشقة الكثيرة وهو المعبر عنه بالتعذر فالا تعذرا
لغة لما في الزامه من تحمل ما يزيد على ذلك من الحرج والضرر المنفيين واما السفر فالاولى حمله على العرفي اتفاقا الا الشرعي نعم على هذا يجوز
استصحابها في تردداته في حوائجه الى مزارع البلد وما قاربه من القرى التي لا يعد الانتقال اليها سفرا مع امن الطريق ولا يجوز
ايداعها في مثل ذلك مع امكان استصحابها كما لا يجب ردها على المالك ويفهم من التذكرة انه لو سافر لغير ضرورة يجوز استصحابها
مع التزام الضمان وعجزه عن ايصالها الى المالك ومن يقوم مقامه وايداعها الثقة والاجود المنع واستثني من عدم جواز
السفر بها اختيارا ما لو اودعه حالة السفر او كان المستودع منتجعا فانه يجوز السفر بها ح من غير ضمان لقدوم المالك على ذلك
حيث اودعه ماله على تلك الحالة وليس على المستودع ح ترك السفر لاجلها وكان هذا في معنى الاذن في السفر بها بدلالة القرائن
الحالية قوله وطرح الاقمشة في المواضع التي تعفنها اي طرحها كذلك مدة يمكن فيها تعفنها اما لو وضعها فيها مدة
يقطع فيها بعدم الضرر فلا يعد ذلك تفريطا ومثله وضع الكتب في المواضع التي يفسدها بالنداوة وغيرها فالمرجع في ذلك
كله الى كون مثل ذلك المكان لا يصلح للوديعة عرفا بحسب المدة التي يبقيها فيها ويمكن اعتبار كونه حرزا لها مطلقا فلا يجوز
وضع الثوب في موضع تعفنه وان عزم على نقله قبل الفساد نظرا الى انه ليس بحرز له عادة قوله وكذا لو ترك سقي الدابة
وعلفها مدة لا تصبر عليه في العادة فماتت به احترز بموتها به عما لو ماتت بغيره فانه لا يضمنها وكذا لو كان بها جوع
سابق وعطش لا يعلم بها فماتت بها بحيث لولا التقصير لما ماتت ولو كان جاهلا ففيه وجهان وجزم في التذكرة بالضمان ولو لم
تمت بل نقصت خاصة ضمن النقص ولو لم تنقص دخلت في ضمانه بسبب التفريط واعلم ان الواجب علفها وسقيها
بحسب العادة المعتاد لامثالها فالنقصان عنه يعد تفريطا سواء صبرت عليه ام لا ومتى تحقق تفريطا صار ضامنا لها
وان ماتت بغيره هذا هو الذي يقتضيه قواعد الوديعة ومع تعليق المصنف ره الحكم على موتها بسبب ترك ذلك مدة لا

يصبر عليه عادة ان اريد به هذا المعنى فلا اشكال من هذه الحيثية لكن يشكل اختصاص حكم الضمان بموتها به مع كونها قد ماتت
مضمونة بالتفريط ومن شان المضمون به ان لا يفرق الحال بين تلفه ونقصه بذلك السبب وغيره وسياتي له نظاير كثيرة
في كلام المصنف وغيره وان اراد به معنى اخر اخص مما ذكرناه كما هو الظاهر اشكل الحكم بما سبق من توقف الضمان على ترك ذلك في
المدة المذكورة مع ان الواجب القيام بالمعتاد منه وبتركه يتحقق التفريط وفي عبارة العلامة ما هو ابلغ مما هنا فانه قال في
التذكرة لو امتنع المستودع من ذلك وعني به العلف والسقي حتى مضت مدة يموت مثل الدابة في مثل تلك المدة نظران ماتت
ضمنها وان لم يمت دخلت في ضمانه وان نقصت ضمن النقصان وان ماتت قبل مضي تلك المدة لم يضمنها هذه عبارته وقد
علق الضمان فيها كما ترى على ترك ذلك مدة تموت فيها عادة لا تاخيره بزيادة عن المعتاد ولا زيادة على ما تصبر عليه عادة
قوله في التعدي مثل ان يلبس الثوب او يركب الدابة المراد انه لبسه للانتفاع به او من غير قصد ما لو توقف حفظه على
لبسه كلبس الثوب الصوف ليدفع عنه الدود حيث لا يندفع بنشره وعرضه على البرد والهواء لم يكن تعديا بل يكون واجبا
يضمن بدونه وكذا القول في ركوب الدابة كما لو توقف نقلها الى الحرز او سقيها ونحوه على ركوبها فانه يجب فضلا عن
الجواز وفي حكم لبس الثوب الموجب للضمان النظر في الكتاب المودع له وكذا النسخ منه بطريق اولى قوله ولو طلبت منه
وامتنع من الرد مع القدرة ضمن قد تقدم ان المراد بالرد الواجب عليه رفع يده عنها وتمكين مالكها منها بفتح القفل والباب
ونحو ذلك لا مباشرة الرد وان المراد بالقدرة ما يشمل العذر الشرعي فلو كان في فريضة لا يبعد قدرا شرعا الى ان يفرغ لتحريم
قطعها ولا يعذر في التعقيب المعتاد ولا في اكمال النافلة ولا في الليل الى ان يصبح الا ان يكون في محل يشق اخراجها منه فيه
عادة ونحو ذلك قوله وكذا لو جحدها ثم قامت عليه بينة او اعترف بها انما كان الجحود تعديا موجبا للضمان لانه خيانة حيث انه
بانكاره نفى ان يده عليها ليست نيابة عن المالك فلا يكون امينه ويعتبر في تحقق الضمان به امور الاول ان يكون بعد طلب المالك
لها منه فلو جحدها ابتداء او عند سؤال غيره لم يضمن لان الوديعة مبنية على الاخفاء فانكاره لها بغير طلب يوجب الرد اقرب الى
الحفظ ولو لم يطلبها المالك لكن ساله عنها او قال لي عندك وديعة فانكر ففي الضمان قولان احدهما العدم اختاره في التذكرة لانه
لم يمسكها لنفسه ولم تزد يده عليها بغير رضا المالك حيث لم يطلبها ومجرد السؤال لا يبطل الوديعة ولا يرفع الامانة بخلاف
الطلب والثاني ثبوته لان جحوده يقتضي نفي لازمه من حيث هو لازمه فلا يكون امينا عنه فيضمن واختاره المحقق الشيخ علي
وهو متجه الثاني ان لا يظهر لجحوده عذر لنسيان او غلط او نحوهما فانه لا يضمن ان صدقه المالك على العذر والا فالضمان متجها
واستقرب في التذكرة الضمان ووجهه يعلم مما سلف وان كان عدم الضمان لا يخلو من وجه الثالث ان لا يكون الجحود لمصلحة الوديعة
بان يقصد به دفع ظالم او متغلب على المالك ونحو ذلك لانه محسن وما على المحسنين من سبيل قوله ويضمن لو خلطها بماله بحيث
لا يتميز لا فرق بين خلطها باجود ومساوي وادون لاشتراك الجميع في العدوان الناشي من التصرف في الوديعة تصرفا غير مشروع
وتعييبها بالمزج المقتضي للشركة المفضي الى المعاوضة على بعض ماله عند القسمة بغير رضاه ولان الشركة عيب فكان عليه
الضمان ويفهم من قوله خلطها بماله انه لو خلطها بمال المالك لم يضمن وليس كذلك بل يضمن على التقديرين ولا فرق هنا ايضا
بين ان يكون المالان عنده وديعة فيمزج احدهما بالاخر ويكون الاخر امانة بغير الوديعة وغصبا لصدق التصرف المنهي عنه في
ذلك كله وربما كان للمالك غرض في الامتياز ويمكن ان يكون الضمير في ماله عايدا الى المودع والمستودع والحكم فيهما صحيح الا ان
في عوده الى كل واحد منهما بالاخر واستعماله فيهما معا على وجه الاشتراك بحيث يشملهما مما يحتاج الى تكلف وتجوز والاولى عوده
الى المستودع خاصة كما ذكرناه اولا لان خلطه بمال المودع سياتي الكلام فيه في المسالة في مادة مخصوصة وهو كونهما معا وديعة

لافرق في الحكم

ولا فرق في الحكم بين الوديعة وغيرها ويفهم من تقييد الحيثية بعدم التمييز انه لو تميز بمال المالك لا يضمن والحكم فيه كذلك ان لم
يستلزم المزج تصرفا اخر غير المزج منهيا عنه كما لو كان المال في كيس مختوم ونحو ذلك فالضمان المنفي على تقدير الامتياز من حيث
المزج وان اوجب الضمان من حيثية اخرى قوله وكذا لو اودعه مالا في كيس مختوم ففتح ختمه لا فرق في فتح الختم بين ان ياخذ
شيئا من الكيس وعدمه ولا في الختم بين ان يكون مشتملا على علامة المالك وعدمه لاشتراك الجميع في هتك الحرز والتصرف المنهي عنه
ومثله الصندوق المقفل وكذا ما اشبه الختم مما يدل على قصد المالك الاخفاء به كالربط والشد لا ما يقصد به مجرد المنع من الانتشار
كما في الخيط والربط الذي يشد به راس الكيس الثياب وازالته منها وانما رتب الامين التراب ونحو حكم القفل والختم الدفن فلو اودعه
شيئا مدفونا فنبشه ضمن ونبه بقوله في كيس مختوم على ان الختم المانع من تصرف المستودع هو ختم المالك فلو كان من المستودع
وهو ختم المالك لم يضمن لانه لا هتك فيه ولا نقصان عما فعله المالك هذا اذا لم يكن الختم منه بامر المالك والا كان كختم المالك وحيث
يضمن بالفتح يصير هنا ضامنا للمظروف وفي ضمانه للظرف وجهان اجودهما ذلك للتصرف فيه المنهي عنه واستقرب في التذكرة العدم
لانه لم يقصد الخيانة في الظرف ويضعف بان قصد الخيانة لا دخل له في الضمان بل التصرف وقد استشكل فيها حكم ما لو خرق الكيس
غير المختوم منه او فرز بها او قطع الثوب مع ان مقتضى تعليله عدم الضمان ولو لم يفتح الكيس المختوم لكن خرقه تحت الختم فهو كنقض
الختم ويزيد ضمان الظرف ايضا ولو كان الخرق فوقه لم يضمن الا نقصان الخرق قوله وكذا لو اودعه كيسين فمزجهما
لم يقيد المزج هنا بكونه على وجه لا يتميز احد المالين عن الاخر اما الاستدلال بان ذلك او يكون المزج في الغالب يراد منه ذلك او اراد
تعميم الحكم بالضمان بمطلق المزج لاستلزامه التصرف في المالين بغير اذن المالك حيث انتقض اخراج احدهما من كيسه وصبه على
الاخر والظاهر انه يضمن المخرج مطلقا واما الاخر فان كان مختوما ضمنه والا فلا مع بقاء التمييز لانه لم يحدث فيه تصرفا ممنوعا منه مع
احتمال الضمان مطلقا وهو قول لبعض الاصحاب هذا كله اذا كان الكيسان للمودع اما لو كان للمستودع فلا ضمان مع بقاء التمييز
لان له نقل الوديعة من محل الى غيره وله تفريغ ملكه ولا يتعين عليه الحفظ فيما وضع فيه اولا وقد تقدم انه لا فرق بين كون الكيسين
معا وديعة او احدهما امانة وغيرها او غصبا قوله وكذا لو ركب الدابة او اجارها او حمل عليها اخف فاجرها الا اثقل كالقطن
والحديد لا اشكال في الضمان هنا مع استعمال المستاجر لها في الاثقل لانه تعد محض من المستودع وهل يتحقق بمجرد العقد يحتمل ذلك
لتسليطه على الانتفاع العدواني فيخرج عن كونه امينا كما يضمن بمجحوده بل بمجرد نيته على قول مع عدم فعل ما يوجب الضمان
وعدمه كما لو نوى الخيانة او التفريط او قال انه يفعل ذلك ولم يفعل ولم اقف في ذلك على شيء يعتمد به والمراد من الاشق في المثال
ان الحديد اشق عند سكون الهواء والقطن اشق عند الهواء ومن ثم جمع بين المثالين فنزل المصنف على تقدير المخالفة هو الجمع على
التقديرين لتحقق العدوان في ذلك الانتفاع مع احتمال التسقيط خصوصا في حمل الاثقل لان التسليم انما دون فيه ليس بمضمون
وانما تعدى بالزائد فيسقط التالف عليهما وعلى هذا فيعتبر في الاخر ما ساوى الماذون من الضرر مع احتمال ضمان الجميع هنا وان
قلنا به ثم لانه بمجموع الحمل مغاير للماذون بخلاف الاثقل اذا كان الثقل مستندا الى زيادة المقدار مع اتحاد الجنس كما اذا اذن له في
حمل قفيز فاجرها قفيزين وسيا في مثل هذا الاشكال في باب الاجارة وضمان الجميع اقوى مطلقا قوله ولو جعلها المالك في حرز
مقفل ثم اودعها ففتح المودع الحرز واخذ بعضها ضمن الجميع ولو لم يكن مودعة في حرز او كانت مودعة في حرز للمودع واخذ
بعضها ضمن ما اخذ الفرق بين الامرين واضح فانه في الاول تعدى بنفس فتح الحرز المقفل من المالك فضمن الجميع كما تقدم وان لم
ياخذ منه شيئا فاذا اخذ اولى واما اذا لم يكن مودعة في حرز فلم يحصل منه تعد الا فيما اخذ وكذا اذا كانت في حرز المودع فان له
فتحه في كل وقت لانه لا يعد متصرفا في مال المستودع بالكسر بل في ماله فلا يضمن من هذه الحيثية وانما يضمن من جهة الاخذ

وهو متصور على المأخوذ ويستثنى منها ما اذا اذن المستودع باذن المالك فانه يصير حينئذ بمنزلة ما اخرجه المالك ولا فرق في ضمان
المأخوذ بين ان يصرفه في حاجته وعدمه عندنا لان الاخراج على هذا القصد خيانة وعلى هذا فلو نوى الاخذ والتصرف في الوديعة
عند اخذها بحيث اخذها على هذا القصد كانت مضمونة عليه مطلقا لانه لم يقبضها على وجه الامانة بل على سبيل الخيانة
وفي تأثير النية في استدامة الاخذ كما يؤثر في ابتدائه وجهان من ثبوت اليد في الموضعين مقترنا بالنية الموجب للضمان
ومن انه لم يحدث فعلا مع قصد الخيانة والاشكال في تأثير مجرد القصد في الضمان وتردد في التذكرة ويتحقق ذلك في صور
منها ان ينوي الاخذ ولم يأخذ او الاستعمال ولم يستعمل وان لا يرد الوديعة بعد طلب المالك ولم يتلفظ بالجحود وغير ذلك
وقد جزم المصنف فيما سبق بانه لو نوى الانتفاع لا يضمن بمجرد النية قوله ولو اعاد بدله لم يبرأ ولو اعاده ومزجه بالباقي
ضمن ما اخذه ولو اعاد بدله ومزجه ببقية الوديعة مزجا لا يتميز ضمن الجميع انما لم يبرأ مع اعادة البدل لانه لم يتعين ملكا
للمودع اذ لا يحصل الملك الا بقبضه او قبض وكيله والمستودع ليس وكيلا له في تعيين العوض وان كان وكيلا في الحفظ فاذا
مزج ما جعله بدلا بالباقي بحيث لا يتميز فقد مزج الوديعة بماله وقد تقدم ان ذلك يوجب الضمان ولو بقي متميزا فالباقي
غير مضمون اذ لم يحصل فيه تعد ولو اعاد عين المأخوذ لم يزل الضمان عنه كما لا يزول بالرجوع عن كل تفريط وتعد ولا يتعدى
الى الباقي وان مزجه بحيث لا يتميز لان الجميع مال المالك غايته ان بعضه مضمون وبعضه غير مضمون وهذا الاختلاط
كان حاصلا قبل الاخذ ويتفرع على هذا لو كان الجميع عشرة دراهم واخذ منها درهما ثم رده اليها فتلفت بغير تفريط لم يلزمه
الا درهم ولو تلف منها خمسة لزمه نصف درهم وهكذا قوله يجوز السفر بالوديعة اذا خاف تلفها مع الاقامة ثم لا
يضمن انما يجوز السفر بها مع الخوف عليها مع تعذر ردها على المالك ووكيله فالحاكم والا دفعها الى الثقة حيث لا يكون في
ايداعها خطر عليها فلو قدر على احدهم لم يكن له السفر بها وان خاف عليها نعم لو خاف عليها على تقدير ايداعها
سقط وجوبه وجاز السفر بها ح بل يجب اخذها معه لان حفظها واجب فاذا لم يحصل الا بالسفر وجب من باب المقدمة
وقد تقدم الكلام في ذلك والمصنف عبر بالجواز والظاهر انه اراد به معناه الاعم فلا ينافي الوجوب اذ لا يجوز تركها مع
الخوف عليها الا ان يقال بان السفر لا يجب عليه الا معها وان خاف تلفها بدونه بل ان اختار السفر وجب عليه
استصحابها فلا يكون السفر واجبا وانما يجب مصاحبتها لو اختاره فيصح اطلاق جواز السفر ح وبهذا المعنى صرح بعض
الاصحاب والاقوى الاول بل قال في التذكرة انه لا يعلم فيه خلافا قوله ولا يجوز السفر مع ظهور امارة الخوف فلو
سافر والحال هذه ضمن هذا من تتمة الحكم السابق ومحصله ان السفر بالوديعة حيث يسوغ لضرورة او غيرها انما
يجوز مع امن الطريق فلو كان مخوفا او لم يظهر امارة عليه مفيدة لظن الخوف لم يجز ولو سافر والحال هذه ضمن لانه
تغرير حتى لو فرض الخوف عليها في الحضر يكون قد تعارض خطران فيرجح الاقامة لان السفر بعينه خطر فاذا انضم
اليه امارة الخوف زاد خطره على الخطر قوله لا يبرأ المودع الا بردها الى المالك او وكيله فان فقدهما فالى الحاكم مع العذر
ومع عدم العذر يضمن ولو فقد الحاكم وخشي تلفها جاز ايداعها من ثقة ولو تلفت لم يضمن لما كانت الوديعة من
العقود الجائزة جاز للمستودع ردها في كل وقت لكن مع وجود المالك او وكيله في قبضها او مطلقا بحيث يتناولها
فيردها عليه ولا يباح له ح ردها الى الحاكم لانه لا ولاية له على الحاضر الرشيد فان فقدهما واراد ردها على الحاكم وكان
به حاجة الى ذلك كان عجز عن حفظها او عرض له خوف يفتقر معه الى التستر انما في رعايتها او خاف عليها من
السرق او الحرق او النهب ونحو ذلك من الضرورات جاز له دفعها الى الحاكم لان له ولاية على الغائب على هذا الحكم

فان تعذر

فان تعذر ايداعها الثقة ولا ضمان فيها لمكان الحاجة ولو لم يكن له عذر لم يجز دفعها الى الحاكم ولا ايداعها الثقة وان كان له فسخ
الوديعة لانه قد التزم الحفظ فلا يبرأ الا بدفعها الى المالك او وكيله ولان المالك لم يرض بيد غيره ولا ضرورة له الى اخراجها
من يده فليحفظها الى ان يجد المالك او يتجدد له عذر هكذا ذكره الاصحاب لا نعلم فيه خلافا بينهم ووافقهم جماعة
من العامة واجاز بعضهم دفعها الى الحاكم عند تعذر المالك مطلقا لانه بمنزلة وكيله وليس بذلك البعيد ثم على تقدير جواز
دفعها الى الحاكم هل يجب عليه القبول كما اذا كان له عذر ولم يجد المالك ولا وكيله وجهان من انه نائب عن الغائب
ح وانه منصوب للمصالح ولو لم يجب القبض فاتت المصلحة المطلوبة من نصبه ومن اصالة البراءة والاقوى الاول
والوجهان آتيان فيما لو حمل اليه المديون الدين مع غيبة المدين او الغاصب المغصوب او بدله عند تلفه وغير ذلك
من الامانات التي يليها الحاكم قوله ولو دفعها الى الحاكم مع دفعها الى الثقة ضمن حيث يجوز له دفعها الى غير المالك ووكيله
لتعذرهما سواء كان ذلك لفسخ الوديعة مع العذر ام لارادة السفر الضروري يجب تقديم الدفع الى الحاكم على ايداع الثقة
لانه وكيل عام عن المالك فكان اولى فيضمن لو خالف الترتيب كما يضمن لو دفعها الى الحاكم مع امكان دفعها الى المالك
او وكيله الخاص وقد تقدم مثله قوله اذا اراد السفر فدفنها ضمن الا ان يخشى المعاجلة قد عرفت انه مع ارادة السفر
يجب ردها الى المالك او وكيله ثم الى الحاكم ثم ايداعها الثقة على تفصيل فيه فاذا ترك ذلك واقتصر على دفنها فان
كان مع وجود المالك او وكيله فالضمان ظ لانه لو دفعها الى الحاكم او اودعها الثقة ضمن فاذا دفنها في مكان يحتمل معه
نهبها او لسارق بان يتفق موته فلا يصل مالكها اليها اولى وان تعذر الوصول الى المالك وامكنه الوصول الى الحاكم فكذلك
وكذا لو تعذر ودفنها في غير حرز او في حرز ولم يعلم بها الثقة او اعلمه ولم يكن تحت يده بان يكون في منزل المستودع
ولو كان الموضع في يد الامين فهو كما لو اودعه مع احتمال عدمه وهو ظ اطلاق العبارة لانه اعلام لا ايداع ولانه لا
يلزمه حفظها بمجرد الاعلام بخلاف ما لو قبل الوديعة فانه ترتب عليه وجوب ملاحظتها ونقلها من الموضع عند
الخطر ونحو ذلك من لوازم الامانة وقطع في التذكرة بالاول وفي الثاني قوة هذا كله اذا لم يخش المعاجلة قبل ايصالها
الى من ذكر من المالك ومن يترتب عليه والا جاز الدفن في موضع امين وقد وقعت المعاجلة في كلام المصنف والجماعة
مطلقة وهي يحتمل امرين احدهما معاجلة السارق قبل ذلك وهو صحيح لان حفظها ح لا يكون الا بالدفن فيجب ويجزي
لانه المقدور ويعتبر كونه في حرز مع الامكان ولا شبهة ح في عدم الضمان والثاني معاجلة الرفقة اذا اراد السفر وكان
ضروريا والتخلف عنها مضرا فانه ح يدفنها في حرز ولا ضمان عليه لمكان الحاجة قوله اذا اعاد الوديعة بعد التفريط
الى الحرز لم يبرأ ولو جدد المالك له الاستيمان برئ وكذا لو ابرأه من الضمان انما لم يبرأ بالرد لانه قد صار بمنزلة الغاصب
بتعديه فيستصحب الحكم بالضمان الى ان يحصل من المالك ما يقتضي زواله ويتحقق ذلك بامور منها ان يرده عليه
ثم يجدد له الوديعة وهذا لا شبهة فيه لانه وديعة مستأنفة يترتب عليها حكمها الذي من جملته كون الودعي
امينا ويمكن دخوله في قول المصنف جدد المالك له الاستيمان ومنها ان يجدد له من غير ان يدفعها اليه بان
يقول له اذنت لك في حفظها او اودعتكها او استأمنتك عليها ونحو ذلك وقد جزم المصنف بعود الامانة
بذلك ووجهه ان الضمان انما كان لحق المالك وقد رضي بسقوطه باحداثه ما يقتضي الامانة ويمكن بناء ذلك على
ان الغاصب اذا استودع هل يزول الضمان عنه ام لا فان المستودع هنا قد صار بتعديه بمنزلته والمسألة موضع
اشكال اذ لا منافاة بين الوديعة والضمان كما في الرهن المذكور فلا يزول الضمان السابق بتجدد ما لا ينافيه مع

عموم قوله صلى الله عليه وآله على اليد ما اخذت حتى تؤدي ومن انه قد اقام يده مقام يده وجعله وكيلا في حفظها وذلك
يقتضي رفع الضمان وقد سلف البحث في نظايرها في مواضع كالرهن والقراض والاقوى هنا زوال الضمان لان المستودع
نايب عن المالك في الحفظ فكانت يده كيده وقبضه لمصلحته فكان المال في يده بمنزلة ما اذا كان في يد المالك بخلاف
الرهن ومنها ان يبراه من الضمان وقد جزم المصنف في التذكرة ببراءته ايضا والوجه فيها ما سبق من ان الضمان كان لحق المالك فله
اسقاطه بالبراءة ويشكل بان معنى الضمان ان العين لو تلفت وجب عليه بدلها والحال انها الان لم تتلف فيكون الابراء
من الضمان ابراء مما لم يجب ويمكن دفعه بان الضمان المسبب عن التعدي معناه جعل ذمة الودعي متعلقة بالمال على
وجه يلزمه بدل المال على تقدير تلفه ولزوم البدل ثمرة الضمان وفايدته لا نفسه والساقط بالابراء هو الاول لا الثاني و
يدل على ان المراد من الضمان هو المعنى الاول انهم يحكمون عليه به بمجرد العدوان فيقولون صار ضامنا ولو لم يكن كذا ومنع
نحو ذلك مع ان لزوم البدل لم يحصل بذلك وانما حصل بقبول ذمته له وهذا معنى يمكن زواله بالبراءة بل هو متعلق البراءة و
اما نفس البدل فلا يعقل تعلقه بالضمان والبراءة اذا تعلقت به فانما يكون من نفس المال لا من الضمان الثابت بالعدوان و
اعلم ان ما ذكره من تعليق الحكم على اعادته الى الحرز بعينه التفريط على سبيل المثال والا فالحكم متعلق بكل موضع يثبت فيه
الضمان ثم يزيل ذلك السبب بان يرجع يلبس الثوب ثم ينزعه بنية التخلص او باخذ الدراهم لينفقها ثم يردها او ينظر في
الكتاب بطبقه ويرده الى الحرز وغير ذلك من اسباب التعدي والتفريط والجحود وغيرها كلها **قوله** ولو اكرهه على دفعها
الى غير المالك دفعها ولا ضمان هذا هو المشهور بين الاصحاب لضعف المباشر وقوة السبب فيختص به الضمان ولاصالة براءة
الذمة ولان ترك التسليم ح ضرر منفي فيسقط فلا يتعقب الضمان لانه مأذون فيه شرعا وخالف في ذلك ابو الصلاح ره فاوجب
الضمان اذا سلمها بيده وان خاف التلف الا ان اخذها المكره من الحرز بنفسه محتجا بانه متلف بالتسليم فكان ضامنا وقربه
العلامة في التذكرة وجوابه قد علم مما سبق فان التهجم الاخذ الذي اسقط الضمان ولان الاكراه صير فعله منسوبا الى المكره
ولانه محسن فلا سبيل عليه وعلى تقدير ضمانه فقراره على المكره وانما تظهر الفايدة في جواز مطالبة المالك بالعين او البدل
قوله اذا انكر الوديعة او اعترف وادعى التلف او ادعى الرد ولا بينة فالقول قوله وللمالك احلافه على الاشبه الاشبه يمكن ان
يرجع الى قبول قوله في الاخير وهو الرد خاصة لانه موضع الاشكال من حيث ان الاصل عدم الرد وعموم البينة على المدعي
ومن حيث انه محسن وقابض لمحض مصلحة المالك وامين والاصل براءة ذمته والمشهور قبول قوله منه بيمينه هذا اذا ادعى
ردها على من ائتمنه اما لو ادعى ردها على غير من ائتمنه كالوارث فعليه البينة لان الاصل عدم الرد وهو لم يأتمنه فلا يكلف
تصديقه ودعوى ردها على الوكيل كدعوى ردها على الموكل لان يده كيده واما انكار الوديعة فلا شبهة في قبول قوله فيه
لانه منكر والاصل عدمها من غيرهما نعم لو ادعى تلفها مع الاعتراف بها ابتداء فانه وان كان فيه مدعيا لمخالفته الاصل
الا ان المشهور قبول قوله فيه مع يمينه لانه امين فيقبل قوله على من ائتمنه ولا فرق في ذلك بين دعواه التلف بسبب ظ
كالحرق والغرق وخفي كالسرقة لاتحاد كما في المعنى خلافا للمبسوط حيث فرق فقبل قوله في الثاني دون الاول الا ان يكون معلوما
بالمشاهدة او الاستفاضة عاما بحيث يمكن تناوله له هذا اذا ذكر السبب ولو اطلق قبل قوله بيمينه ايضا قال في التذكرة
بعد حكايته عن الشافعي ولا بأس بهذا القول عندي وقال الصدوق في المقنع يقبل دعوى التلف والضياع بلا يمين وعلى
هذا فيمكن عود الاشبه الى قبول قوله في التلف بيمينه مطلقا فيكون ردا على القولين والى اثبات اليمين خاصة والى
قبول قوله في التلف بيمينه مطلقا فيكون ردا على القولين والى اثبات اليمين خاصة والى جعله قبول قوله مطلقا

ولي

والى الجموع منها ومن قبلي قوله في الرد **قوله** اما لو دفعها الى غير المالك وادعى الاذن فانكر فالقول قول المالك مع يمينه لانه منكر للاذن
فيقدم قوله فيه ولاصالة عدمه ولان المدفوع اليه لم يأتمنه فلا يقبل قوله في الرد اليه كالودعي الرد الى الوارث وكون المدعى الدفع
اليه وكيلا فيكون يده كيد الموكل غير معلوم لان انكاره الاذن له في الدفع اليه اخرجه عن كونه وكيلا ح فاذا احلف المالك نظر ان
كان من ادعى الدفع اليه مقرا بالقبض وهي باقية ردت على المالك وان تعذر ارتجاعها منه لغيبة او غيرها تخير المالك بين ان يرجع
عليه وعلى الودعي فان رجع على الودعي رجع على المدفوع اليه ان كانت العين باقية فاذا استرجعها ردها على المالك واخذ البدل الذي
دفعه وان كانت تالفة لم يكن له الرجوع عليه لاعترافه بظلم المالك له في اخذ البدل فلا يرجع به على غير من ظلمه وان كان منكرا القبض
الذي ادعاه المستودع فالقول قوله بيمينه مع عدم البينة فيختص الغرم بالمستودع **قوله** ولو صدقه على الاذن لم يضمن وان
ترك الاشهاد على الاشبه اختلف الاصحاب في ان من امر غيره بدفع الوديعة الى غير المالك او بقضاء دينه ففعل ولم يشهد فانكر
المدفوع اليه هل يضمن الدافع ام لا فقيل يضمن فيهما لان اطلاق الاذن والمصلحة الاذن يقتضي دفعا ثابتا يمكن الرجوع اليه عند الحاجة
فاذا ترك الاشهاد فقد قصر خصوصا في الدين فان الغرض منه براءة الذمة ولا يظهر الا بالاشهاد ولان الغريم اذا انكر فالقول قوله
وقيل لا يجب الاشهاد فيهما ولا ضمان بتركه لان المامور به هو الدفع وقد امتثله والتوثق عليه امر زايد لا يدل عليه الاطلاق والامر
وانما هو مطلوب من الامر والى هذا القول مال في الكتاب وقيل يجب الاشهاد في قضاء الدين دون الوديعة اما الدين فلما ذكر
واما الوديعة فلان مبناها امانة وقول المستودع مقبول في الرد والتلف فلا معنى للاشهاد ولان الودايع حقها الاخفاء بخلاف قضاء
الدين واختار هذا القول في التذكرة وكثير من كتبه والمصنف اختار هنا عدم وجوب الاشهاد على اداء الوديعة وفي الوكالة
اختار التفصيل على تردد فيه والتفصيل حسن **قوله** اذا اقام المالك البينة على الوديعة بعد الانكار فصدقها ثم ادعى التلف
قبل الانكار لم تسمع دعواه لاشتغال ذمته بالضمان ولو قيل تسمع دعواه ويقبل منه كان حسنا وجه عدم السماع انه بانكاره
السابق مكذب لدعواه اللاحقة فلا يسمع لتناقض كلامه فلا يتوجه بها يمين عليه ولا على المدعى عليه وكذا لا تسمع بينة
بطريق اولى لانه مكذب لها ووجه ما حسنه المصنف من سماعها عموم الخبر وجواز استناد جحوده الى النسيان فيعذر وهي
خيرة التذكرة وفي الكتاب منع من قبول بينته وسماع دعواه بمعنى قبول قوله بيمينه لكن قال انه له احلاف الغريم وهي
نوع من سماع دعواه وفي القواعد منعهما تبعا فصار للعلامة في المسألة ثلثة اقوال وفي المسألة قول رابع وهو انه ان اظهر
لانكاره تأويلا كقوله ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها او ضمانها ونحو ذلك قبلت دعواه وسمعت بينته وان لم يظهر
له تأويلا لم يقبل اختاره الشهيد ره وهو حسن هذا كله اذا كان الجحود بانكار اصل الايداع اما لو كانت صيغته لا يلزمني شيء
او لا يلزمني تسليم شيء اليك او ما لك عندي وديعة او ليس لك عندي شيء فقامت البينة بها فادعى التلف او الرد سمعت دعواه
وبينته لعدم التناقض بين كلاميه وحيث قلنا بقبول بينته ان شهدت بتلفها قبل الجحود برئ من الضمان وان شهدت
بتلفها بعده ضمن لخيانته بالجحود ومنع المالك منها **قوله** اذا عين له حرزا بعينه اخذه وجبت المبادرة اليه بحسب العادة
فان اخر مع التمكن ضمن لما كان الواجب على المستودع وضع الوديعة في موضع الاطلاق وفي المعين منه مع تعيينه في وقت
شامل لجميع اجزاء الزمان الذي يكون فيه مستودعا لزم وجوب المبادرة الى وضعها في الحرز فلو استمر بوضعها في البيت وكان
خارجا عنه او في الصندوق كذلك لم يصح له ابقاؤها معه الى ان يصل اليه كيف شاء بل يجب عليه المبادرة بحسب العادة
الى ايداعها ذلك المحل المعين فان اخر عن المبادرة وان قل ضمن مع التمكن منها وينبغي ان يراد بالتمكن هنا ما يعم الشرعي
والعقلي فلو كان في وقت فريضة قد ضاق بحيث يستلزم المبادرة فواتها ونحو ذلك غير غيره كان الى ان يتم الواجب المضيق

اما قضاء الوطر من الاكل والحمام وقضاء الحاجة التي ليست ضرورية فلا يعد عذرا على ما سبق من احتماله والكلام في بقاء الضمان مع
عدم المبادرة ولو دفعها بعد ذلك في المعين كما سبق في التقصير ويتفرع على ذلك انه لو كان المعين البيت وله بيوت متعددة فوضعها
في احدها فانتقلها الى الاخر لم يكن بينهما فاصل يعد خارجا عنها وان كان من توابع الدار والا لم يجز لان المعين بها في الدار الخارج
عنها خروج عن مقتضى الامر من غير ضرورة ولو كان في البيت صناديق جاز نقلها من بعض الصناديق الى بعض لانه لم يخرج بها
عن البيت المعين ولو كان المعين الصندوق ضمن باخراجها الى غيره لما ذكرناه من التعليل في نقلها من بيت الى اخر هذا اذا لم يكن التعيين
تخصيصا والا فحكم الضمان اوضح كل ذلك مع الاختيار اما مع الخوف والحاجة الى النقل فلا ضمان قوله ولو سلمها الى زوجته لتحرزها ضمن
قد تقدم ان المستودع لا يجوز له الايداع اختيارا ولا مشاركة غيره في الاحراز ولا فرق في ذلك بين الزوجة وغيرها عندنا بل يضمن
مع عدم احرازها منها وان لم يسلمها اليها اجماعا هنا ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث جوز له ايداع زوجته واخرين
حيث جوز الاستعانة بها وبالخادم وثالث حيث جوز ايداع من عليه نفقته قياسا على ماله وهو فاسد منقوض بالاجنبي
قوله اذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها قيل يخرج من اصل تركته ولو كان له غرماء وضاقت التركة حاصهم المستودع و
فيه تردد هذا هو المشهور بين الاصحاب ووجهه ان اعترافه بالوديعة في حياته اوجب ثبوت يده عليها والتزامه بها الى ان يردها
الى مالكها فاذا لم يعلم كان ضامنا لها لعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولانه بترك تعيينها مفرط فيها فيضمن ولان الاصل
بقاؤها في يده الى الموت وبعده يكون في جملة التركة فاذا تعذر الوصول الى عينها وجب البدل فيكون بمنزلة الدين فيحاص الغرماء
والمصنف تردد في هذا الحكم وتردده يحتمل امرين احدهما ان يكون في اصل الضمان فان اعترافه بها في حياته انما يقتضي وجوب الحفظ
ولا يقتضي براءته من ضمانها فاذا مات ولم تعلم احتمل تلفها قبل الموت بغير تفريط او ردها الى المالك والاصل براءة ذمته من الضمان
وكونه امينا على خلاف الاصل معارض بهذا الاصل ويبقى متنافيين حتى يتساقطا فلا يبقى من مثبتها تعلقها بالذمة والثاني
ان يكون التردد في كيفية الضمان فان اصالة بقائها تقتضي كونها في جملة التركة لكن لما كانت عينها مجهولة فيكون مالكها بمنزلة
الشريك وكون التركة متعينة لا ينفع في الحكم كمن امتزج ماله بمال غيره بغير اختياره ثم مات احدهما فان التركة يختص بتقدم
الشريك بالحصة على غيره من الغرماء والانتقال الى البدل اذا تعذرت العين انما يكون مع عدم العلم بوجودها في جملة المال والاصل
البدل واصالة البقاء قد اوجبت ذلك والاقوى انه ان علم بقاء عينها الى بعد الموت ولم يتميز قدم مالكها على الغرماء ولو
كان بمنزلة الشريك وان علم تلفها بتفريط فهو اسوة الغرماء والا فلا ضمان اصلا لاصالة براءة الذمة واصالة بقائها الى الان
لو سلمت لا يقتضي تعلقها بالذمة وقد سبق مثل هذا البحث في الرهن والقراض قوله اذا كان في يده وديعة فادعاها اثنان
فان صدق احدهما قبل وان كذبهما فكذلك وان قال لا ادري اقرت في يده حتى يثبت لها مالك وان ادعيا او احدهما علمه بصحة
الدعوى كان عليه اليمين اذا ادعى كل من الخصمين على ثالث بان ما في يده من المال المخصوص وديعة له عنده فاما ان لا يقر
لاحدهما اولهما معا او يكون بها لهما وجه القطع او يقول لا ادري لا يكاد مع قطعه باختصاصها فيهما او يقول لا ادري لمن هي
فان اقر لاحدهما بعينه حكم بها للمقر له ويحلف للاخر فان حلف له سقطت دعواه عنه وبقيت منازعته مع صاحبه فان
اقام له ايضا فان حلف سقطت دعواه ايضا واستقر ملك المقر له على العين ولو نكل المودع عن اليمين احلف فان حلف الثاني
على استحقاقها فان لم يقض بالنكول واغرم المقر له المثل او القيمة لحيلولته بينه وبينها باقراره الاول فتنزيلا لليمين المردودة
منزلة اقرار المنكر اذ لو اقر بها ثانيا للاخر لغرم له فكذا اذا حصل ما هو بحكم الاقرار ولو جعلناها كالبينة نزع المدعى فيه
مساواته للاقرار او انتزاع العين من يد المقر له وجهان من سبق استحقاقه باقرار من هي في يده فلا يزال بيمين الاخر لاماله

بقاء الحق

بقاء الحق وامكان الجمع بتغريم المقر البدل ومن اقتضاء البينة كونها لمن شهدت له والاول اقوى لانها انما يكون كالبينة بالنسبة
الى المتداعيين لا في حق غيرهما وكونها كالبينة في حق المدعى عليه يقتضي غرمه له عوضها للحيلولة بينه وبينها باقراره
واليمين منهما هنا على البت لانها ترجع الى الاستحقاق ونفيه ولو اقر بها لهما معا على سبيل الاشتراك فقد كذب كل واحد في
دعوى الجميع وصدقه في بعض فيقسم بينهما ويكون حكم التصديق والتكذيب في النصف كما في الجميع بالنسبة الى المودع وبالنسبة
الى اليهما يبقى النزاع بينهما في النصف فان حلفا او نكلا قسم بينهما فان حلف احدهما خاصة قضي له به ولا خصومة للناكل مع
المستودع وان كذبهما معا انتفت دعواهما لان اليد له ولكل منهما احلافه على البت ايضا فان نكل عن اليمين ردت عليهما وصارا في
الدعوى سواء لان يدهما خارجة فان حلفا او نكلا قسمت بينهما وان حلف احدهما خاصة اختص بها وان قال هي لاحدكما ولا ادري
من هو على التعيين فان صدقاه على عدم العلم فلا خصومة لهما معه وتبقى الخصومة بينهما والحكم كالسابق لكن هنا يحتمل جعلهما
بمنزلة ذي اليد لا الخارج بخلاف الاول والفرق انه في الاول لا يد لاحدهما ولا اعتراف لذي اليد لاحدهما ايضا فهما خارجان عنها
على التقديرين بخلافه هنا فان ذا اليد يعترف بان اليد لاحدهما وليس احدهما اولى من الاخر في تقديم الاشتباه ويحتمل مساواته
للاول لعدم ثبوت اليد لاحدهما ويظهر فائدة اليد وعدمها عند تعارض البينات على ما سيأتي ان شاء الله تعالى وان كذباه في
عدم العلم فادعى كل واحد منهما علمه بانه المالك فالقول قوله مع يمينه لكن الحلف هنا على عدم العلم ويكفي يمين واحدة على
الاقوى لان المدعى شيء واحد وهو علمه بكون المال لمعين بخلاف السابق لانه يبقي استحقاق كل واحد فيحلف له وقيل يحلف لكل
منهما يمينا فيدخل في عموم الحديث السابق فاذا حلف لهما بقيت المنازعة بينهما واختلف هنا فقيل يقرع بينهما فمن خرج اسمه
وحلف سلمت اليه وقيل يوقف حتى يصطلحا والقولان للشيخ والاقوى انهما يحلفان ويقسم بينهما لتكافؤ الدعويين وتساويهما
في الحق وهو يقتضي القسمة كذلك فلا يكون الاشكال والايقاف حتى يصطلحا ضرر والاصطلاح غير لازم ولو نكل عن اليمين
وحلفا على علمه اغرم القيمة يجعل مع العين في ايديهما لان يمينهما اقتضت ان يكون عالما بالعين فكل واحد بخصوصه وبانكاره
حصلت الحيلولة بين المستحق وحقه فوجب ان يغرم القيمة ولما كانا سواء في اليمين لم يكن لاحدهما رجحان على الاخر فيجعل العين
والقيمة معا في ايديهما وهل يقسم بينهما بحلفهما كذلك او يوقف حتى يصطلحا القولان ويمكن ان يقال هنا ان القسمة بينهما تتوقف
على حلفهما ثانيا بالاستحقاق لان اليمين الاول لم يتناوله وانما اثبت غرمه القيمة لهما ولو كان حلفهما ابتداء على الاستحقاق قسمت
العين بينهما فقط وان قال لا ادري اهي لكما او لاحدكما او لغيركما وادعيا عليه العلم فالقول قوله في نفيه كما مر فاذا حلف تركت في
يده الى ان تقوم البينة وليس لاحدهما تحليف الاخر لانها لم يثبت لها ولا لواحد منهما عليها يد ولا استحقاق بخلاف الصورة الثانية
ولو نكل عن اليمين فهل تسليمها اليهما مع حلفهما على الاستحقاق وغرامته لهما القيمة لو حلفا على علمه احتمال لاعتضاد الحق فيهما اذ
لا منازع لهما الان ويحتمل العدم لعدم حصر ذي اليد الحق فيهما ولم اقف في هذا القسم على شيء يعتد به واعلم ان قول المصنف وان ادعيا
في يده يشمل القسمين المشتملين على عدم علمه اعني ما ادعى انهما مع اشتباه التعيين وما لو دخل في الاحتمال معهما غيرهما ولزومه
في يده في الثاني جيد لان يده يد امانة ولم يتعين لها مالك يجب الدفع اليه والحق ليس منحصرا فيهما اليهم بسقوط امانته بمطالبتهما
واما اقرارها في يده في القسم الاول فقيل انه كذلك لما ذكرناه من كونها يد امانة ولم يتعين المالك وقيل انها تنزع من يده لانحصار الحق
فيهما ومطالبتهما اياه ويضعفه بان المطالبة المقتضية للعزل هي التي يجب معها التسليم وهنا ليس كذلك فلا يترتب عليه
نزع الامانة والقولان للشيخ رحمه الله والعلامة مال الينا بما اطلقه المصنف واستوجه في التحرير رد الامر الى الحاكم وهو في القسم الاول
حسن قوله اذا فرط واختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه وقيل القول قول الغارم وهو اشبه القول الاول للشيخ رحمه الله

محتجا بانه بالتفريط خرج عن الامانة فلا يكون قوله مسموعا وقبل ان به رواية ويضعف بانا لا نقبل قوله من جهة كونه امينا بل من حيث انه منكر لا بد فيكون القول قوله كما ان المالك مدعٍ عليه فيكون عليه البينة عملا بعموم الخبر وهذا حكم لا يختص بالمبين بل الحرّ يتعدّيه الى كل من شاركه في هذا المعنى وان كان غاصبا والخبر يثبت على وجه يحصل به الحجة فاختاره المصنف اقوى وهو اختيار الاكثر قوله اذا مات المودع سلمت الوديعة الى الوارث فان كانوا جماعة سلمت الى الكل او الى من يقوم مقامهم ولو سلمها الى البعض من غير اذن من حصص الباقين الخ من يقوم مقامهم وكيلهم اجمع او وليهم او وصي مورثهم لو كانوا اطفالا او الحاكم مع غيبتهم او عدم وجود ولي لهم وتجب المبادرة الى التسليم المذكور لانها بموت المودع صارت امانة شرعية ولا فرق في وجوب المبادرة بين علم الورثة بالوديعة وعدمه عندنا وقال بعض اصحابنا فيه ان مع علمهم لا يجب الدفع الا بعد الطلب ونقل عنه في التذكرة الباس وهو متجه الا انه لم يتحقق به قائل هنا وان كان القول به ممكنا لعدم تحقق الاجماع والله الموفق المعين تم هذا الكتاب

كتاب العارية

هي بتشديد الياء كانها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب ذكره الجوهري وابن الاثير في نهايته وقيل منسوبة الى العارة وهي مصدر من قولك اعرته اعارة وعارة كما يقال اجاب يجيب اجابة وجابة واطاق اطاقة وطاقة وقيل ماخوذة من عار يعير اذا جا وذهب ومنه قيل للبطال عيار لتردده في بطالته فسميت عارية لتحولها من يد الى يد وقيل ماخوذة من التعاور وهو الاعتوار وهو ان يتداول القوم الشيء بينهم وقال الخطابي في غريبه ان اللغة العالية العارية وقد تخفف قوله وهي عقد ثمرته التبرع بالمنفعة العقد اسم للايجاب والقبول وتعليق الثمرة عليه يقتضي ان للقبول مدخلا فيها مع ان التبرع بالمنفعة يتحقق بالايجاب خاصة لان المتبرع انما هو باذل العين لا المنتفع بها ويمكن الجواب بان القبول لما كان شرطا في صحة العارية لم يتحقق الثمرة بدونه ولا يثبت لها الحكم فانه لو تبرع بالعين ودفع الايجاب فرده الاخر لم يحصل الثمرة وان حصل التبرع بالمنفعة فالمتوقف على العقد هو التبرع على وجه يثمر ذلك لا يتم بدون القبول وينتقض في طرده بالسكنى والعمرى والحبس والوصية بالمنفعة فان هذه كلها عقود ثمرتها التبرع بالمنفعة واجيب بانها في معنى العارية وان كانت لازمة وغايته انقسام العارية الى جائزة والى لازمة كالاعارة للرهن وفيه نظر لان هذه العقود في الاصطلاح متباينة مختلفة اللوازم والصيغ فادخال بعضها في بعض بمجرد المشاركة في بعض الخواص اصطلاح مردود ولو اضيف الى ذلك قيد الجواز فقيل ثمرته التبرع بالمنفعة مع بقاء الجواز ونحوه خرجت هذه العقود وبقيت السكنى المطلقة فانه يجوز فيها الرجوع متى شاء المسكن كما سياتي وقد يلتزم فيها بانها عارية لتحقق المعنى فيها مطلقا ولا يقدح الصيغة لان العارية لا تختص بلفظ بل بكل ما دل على تسويغ الانتفاع بالعين تبرعا والسكنى المطلقة يقتضي ذلك ولكن يبقى العارية اللازمة خارجة فيحتاج ادخالها الى قيد اخر او التزام جواز الرجوع فيها بالنسبة الى المستعير وان لم تؤثر بالنسبة الى المرتهن ويظهر الفائدة في وجوب السعي على الراهن في تخليصها بما امكن ووجوب المبادرة عند الاذن على العود بالمطالبة السابقة ولو قلنا انه لا اثر لها لانها لازمة من طرفه مطلقا انتفت هذه اللوازم والاكثر ليس ببعيد من الصواب اذ لا دليل على لزومها بهذا المعنى واعلم ان جعلها عقدا يقتضي اعتبار الايجاب والقبول اللفظيين لان ذلك هو المفهوم من العقد وان لم ينحصر في لفظ كما هو شان العقود الجائزة وقد يتجوز في القبول فيطلق على ما يكفيه يكفي فيه القبول الفعلي كما ذكروه في الوديعة والوكالة ونحوهما لكن يبقى الايجاب لا يتحقق العقد بدون التلفظ به وهذا هو الظاهر من عبارة كثير من الاصحاب لكن صرح في التذكرة بانه لا يشترط فيها اللفظ في الايجاب ولا في القبول بل يكفي ما يقوم مقامه من الامر الدالة على الظن بالرضا محتجا بانه عقد ضعيف لانه يثمر اباحة الانتفاع قال وهي قد تحصل بغير عقد كما لو

حسن ظنه

حسن ظنه لصديقه كفى في الانتفاع عن العقد وكما في الضيف بخلاف العقود اللازمة فانها موقوفة على الفاظ خاصة اعتبرها الشرع انتهى فهو حسن حيث يحصل دلالة على الرضا بغير اللفظ كالكتابة والاشارة اما بمجرد حسن الظن فيكفي في الصديق كما ذكر لا مطلقا ويكون الاكتفاء به فيمن تناولته اية الاكل في البيوت حيث يكون المنفعة اقل من الاكل المأذون فيه لدخوله بطريق اولى حيث ان الاكل يستدعي اتلاف العين والانتفاع بالمكان فهو عارية وزيادة الا انها محدودة بمدة يسيرة عرفية وانواع معين مخصوصة فلا يدخل فيها الا ما كان اضعف منها لا يدخل من حيث المفهوم وما خرج عن ذلك يدخل في عموم النهي عن تناول مال الغير والانتفاع به والمرجع في الصديق الى العرف ولا بد معه من عدم قرينة الكراهة ولا تنتفي الكراهة لكن مع تحقق الصداقة وقال في التذكرة في موضع اخر الاقرب عندي انه لا يفتقر العارية الى اللفظ بل يكفي قرينة الاذن بالانتفاع من غير لفظ دال على الاعارة او الاستعارة لا من طرف المعير ولا من طرف المستعير كما لو راه عاريا فدفع اليه قميصا فلبسه تمت العارية وكذا لو فرش لضيفه فراشا او بساطا او مصلى او حصيرا او القى اليه وسادة فجلس عليها او مخدة فاتكا عليها كان ذلك اعارة بخلاف ما لو دخل فجلس على الفرش المبسوطة لانه لم يقصد بها انتفاع شخص بعينه قضاء بالظاهر وقد قال صلى الله عليه واله نحن نقضي بالظاهر ثم نقل عن بعض اصحابنا فيه الافتقار الى اللفظ قال والاقرب ما تقدم وقد جرت العادة بالانتفاع بظروف الهدية المبعوثة اليه واستعماله كاكل الطعام من القصعة المبعوث فيها فانه يكون عارية لانه ينتفع بملك الغير باذنه وان لم يوجد لفظ يدل عليها بل شاهد الحال قوله وليس بلازم لاحد المتعاقدين كون العارية من العقود الجائزة لكل من المتعاقدين فسخه متى شاء موضع وفاق لكن يستثنى منه مواضع الاول الاعارة للرهن بعد وقوعه وقد تقدم الكلام فيه والثاني اعارة الارض لدفن ميت مسلم ومن بحكمه فانه لا يصح الرجوع بعده لتحريم نبشه وهتك حرمته الى ان يندرس عظامه وهو موضع وفاق ايضا نقله في التذكرة اما الرجوع قبل الحفر او بعده قبل وضع الميت صح وكذا بعد وضعه وقبل مواراته على الاقوى قال في التذكرة مؤنة الحفر اذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن لازمة لولي الميت ويشكل فيما لو لم يمكنه الدفن الا كذلك اذ لا تقصير منه حتى فينتفي كونه من مال الميت ولا يلزم ولي الميت الطم لان الحفر ماذون فيه الثالث اذا حصل بالرجوع ضرر بالمستعير ولا يستدرك كما لو اعاره لوحا يرقع به السفينة فرقعها به ثم لجج في البحر فانه لا يجوز للمعير هنا الرجوع ما دامت في البحر لما فيه من الضرر بالغرق الموجب لذهاب المال او تلف النفس ويحتمل جوازه ويثبت له المثل او القيمة مع تعذر المثل لما فيه من الجمع بين المصلحتين او يقال بجواز الرجوع وان لم يجب تعجيل التسليم اليه ويظهر الفائدة في وجوب المبادرة بالرد بعد زوال الضرر من غير مطالبة جديدة كما تقدم في الاستعارة للرهن وان لم تدخل السفينة البحر او خرجت جاز الرجوع قطعا ولو كانت داخلة لكن امكن رجوعها الى الشاطئ وجب اذا لم يتوجه الى صاحبها ضرر الرابع ان يعيره حائطا ليضع عليه اطراف خشبه مع كون الطرف الاخر مبنيا في ملك المستعير فانه اذا بنى وادى الرجوع الى خراب ما بناه المستعير لم يجز عند الشيخ ره وان دفع الارش لانه يؤدي الى قلع جذوعه من ملكه مجبرا وهو غير جائز الخامس ان يعيره الارض للزرع فزرع فليس له الرجوع فيها قبل ادراكه وان دفع الارش لان له وقتا ينتهي اليه وقد اقدم عليه في ابتداء الاعارة عند الشيخ وابن ادريس السادس ان يعيره الارض فيبني فيها او يغرس مدة معلومة فانه لا يجوز الرجوع فيها طول المدة ولو كانت غير موقتة فله الرجوع ذهب الى ذلك ابن الجنيد والاقوى في هذه الثلثة جواز الرجوع مطلقا مع دفع الارش وانما يستثنى من القاعدة الثلثة الاول خاصة وسياتي ذكر بعضها في كلام المصنف وكانه ترك الاستثناء اتكالا عليه قوله فلا تصح اعارة الصبي ولا المجنون ولو اذن الولي جاز للصبي

ح مراعاة المصلحة وقد تقدم في البيع ان عقد الصبي لا عبرة به وان اذن له الولي وانما جاز هنا لان العارية لما كانت جائزة ولا يختص بلفظ
بل كلما دل على رضا المعير فهو هنا الولي كان اذنه للصبي بمنزلة الايجاب فالمعير ح باذنه لا بعبارة الصبي وعلى هذا فلا فرق بين
المميز وغيره وينبغي ان يكون المجنون كذلك لاشتراكهما في الوجه فلا وجه لتخصيص الصبي بعد ذكرهما والمراد بالمعار هنا مال الصبي
كما يدل عليه مراعاة المصلحة ويتحقق المصلحة بكون يد المستعير احفظ من يد الولي في ذلك الوقت لخوف ونحوه او لانتفاع الصبي
بالمستعير بما يزيد عن المنفعة او لكون العين ينفعها الاستعمال ويضرها تركه ونحو ذلك قوله وكما لا يليها عن نفسه كذا لا يصح ولايته
عن غيره هذا اذا لم يعلم المستعير بكون المالك قد اذن للصبي في الاعارة والا ينبغي جوازه ولايته عن غيره على حد ما سبق يعني ان
العبرة باذن المالك فلا وجه لفصل الحكمين المتناسبين وان كان اطلاق منع توليه عن غيره جيدا من حيث انه متولي قوله وله
الانتفاع بما جرت العادة به في الانتفاع بالمعار المرجع في العادة الى نوع الانتفاع وقدره وصفته فلو اعاره بساطا اقتضى الاطلاق في
فرشه ونحوه من الوجوه المعتادة او لحافا اقتضى جعله غطاء فلا يجوز فرشه لعدم جريان العادة بذلك او حيوانا للحمل اقتضى
حمله قدرا جرت العادة بكونه يحمله فلا يجوز الزيادة او فرسا من شانها الركوب فلا يجوز تحملها وعلى هذا القياس ولو عددت
منفعة العين فان عين نوعا تعين وان عمم جاز الانتفاع بجميع وجوهها وان اطلق فالاقوى انه كذلك قوله ولو نقص من العين شيء
او تلف بالاستعمال من غير تعد لم يضمن الا ان يشترط ذلك في العارية لما كان اطلاق الاذن او تعميمه يقتضي الانتفاع بالعين
من غير تقييد بالكثير والقليل اقتضى ذلك جواز استعمالها وان نقصت كالثوب يبلى والدابة تضعف على وجه لا يمنع منه فاذا
فرض حصول نقص في العين او تلف لم يكن ذلك مضمونا لاستناد التلف الى ما اذن فيه ولو من جهة الاطلاق وما قطع به المص
هو اصح القولين في المسئلة وفيه وجه اخر هو ضمان التالف في اخر حالات التقويم لان الظاهر عدم تناول الاذن للاستعمال المتلف
وان كان داخلا في الاطلاق نعم لو كان قد شرط الضمان في العارية ضمن وسياتي الكلام فيه قوله ولا يجوز للمحرم ان يستعير من محل
صيدا لانه ليس له امساكه ولو امسكه ضمنه وان لم يشترط عليه لا شبهة في عدم جواز استعارة المحرم الصيد من المحل والمحرم لما
ذكره المص من تحريم امساكه عليه ولو استعاره فهل يقع العقد فاسدا يحتمله للنهي وعدمه لان المعاملات لا يبطلها
النهي الا بدليل خارج وعبارة المص وغيره لا يدل على احد الامرين صريحا لان عدم الجواز اعم من الفساد وكما ذكرناه فعلى تقدير قبضه
له ان رده لزمه الفداء لله تعالى وبرئ من حق المالك وان تلف في يده فلا شبهة في ضمانه الفداء لله تع لانه ثابت عليه بمجرد الامساك
كما في الصيد الذي ليس بمملوك حتى لو كان المعير محرما ايضا فعلى كل واحد منهما فداء ومقتضى عبارة المص وجماعة انه يضمنه مع التلف
للمالك ايضا بالقيمة لانهم جعلوه من العواري المضمونة وان لم يشترط فيها الضمان ودليله غير واضح اذ مجرد تحريم استعارته لا
يدل على الضمان سواء قلنا بفساد العقد ام بصحته اما مع صحته فالاصل في العارية عندنا ان يكون غير مضمونة الا ان يدل دليل
عليه ولم يذكر ولهنا دليله يعتمد عليه واما مع فساده فلان حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان وعدمه كما اسلفناه
في مواضع قاعدة كلية ويمكن الاستدلال هنا باطلاق النصوص ان المحرم لو اتلف صيدا مملوكا فعليه فداؤه لمالكه فيدخل فيه
صورة النزاع وفيه نظر لمعارضته بالنص الصحيح الدال على ان العارية غير مضمونة فكما يمكن تخصيص الاول بالصيد الماخوذ بغير
اذن المالك يمكن تخصيص الثاني بغير الصيد فالترجيح غير واضح وزاد في التذكرة ان المحرم اذا قبضه من المالك وجب عليه
ارساله وضمن للمالك قيمته وان رده على المالك ضمن لله تع الفداء وسقطت عنه القيمة للمالك ووجه الحكم الاول انه صيد
وحكمه بالنسبة الى المحرم وجوب الارسال لكن ذلك في المملوك موضع اشكال لتعارض حق الله تع فيه وحق الادمي والقاعدة
المعروفة في ذلك تقديم حق الادمي فينبغي رده على مالكه وضمان الفداء لله تع كما ذكره سابقا قوله ولو كان الصيد في يد محرم فاعاره

المحل جاز لان ملك المحرم زال عنه بالاحرام كما يا خذ من الصيد ما ليس على ملك اذا حكم بزوال ملك المحرم عن الصيد صار بمنزلة الاجنبي فالحكم في
الجواز على اعارته يشكل من ثلثة اوجه الاول ان الاعارة شرطها كون المعار ملكا للمعير وهو هنا منتف بما ذكره من زوال ملكه منه
الثاني ان تسليمه للمحل اعانة على الصيد واثبات سلطنة الغير عليه وهو محرم على المحرم فلا يناسبه اثبات الجواز الثالث ان
تسليمه اذا كان محرما على المحرم تحرم قبوله من المحل لاعانته له على الاثم والعدوان المنهي عنه في القران وان كان للمحل تناول الصيد
لولا ذلك والاقوى الحكم بتحريم الاعارة المذكورة اعني اثبات صورتها وان كان الملك غير متحقق وتحريم اخذ المحل له من يد الاعانة على
المحرم لكن لو فعل ذلك لم يلزم المحل سوى الاثم ولا شيء للمحرم عليه لزوال ملكه وعلى المحرم الفداء لو تلف في يد المحل لتعديه بالاعانة
فانه كان يجب عليه الارسال ففي العبارة تساهل في اللفظ واشكال في الحكم قوله ولو استعاره من الغاصب وهو لا يعلم كان الضمان
على الغاصب وللمالك الزام المستعير بما استوفاه من المنفعة ويرجع على الغاصب لانه اذن في استيفائها بغير عوض والوجه تعلق
الضمان بالغاصب حسب وكذا لو تلفت العين في يد المستعير المستعير من الغاصب يده يد ضمان كما في كل من ترتبت يده على يده
سواء كان عالما بالغصب ام جاهلا على اصح القولين في المسئلة لكن مع جهل المستعير له الرجوع بما اغرمه المالك لدخوله على ان يكون
العين والمنفعة غير مضمونة ويستثنى منه ما اذا كانت العارية مضمونة فانه لا يرجع ح على الغاصب بالقيمة لو تلفت في يده
ويرجع باجرة المنفعة اذا اخذها منه المالك وكذلك يرجع بعوض النقصان قبل التلف لانه غير مضمون عليه وان كانت مضمونة
كما سياتي ووجه ما اختاره المص من اختصاص الضمان بالغاصب حيث لا يكون العارية مضمونة ان المستعير مغرور فضعفت
مباشرته فكان السبب اقوى والمشهور الاول والحاصل ان المالك مخير في الرجوع على كل منهما فان رجع على المستعير رجع على
الغاصب ان لم يكن العارية مضمونة والا رجع عليه بغير ما قدم من ضمانه وربما احتمل هنا ضعيفا رجوعه مطلقا لان استحقاق
العين اوجب فساد العارية فلا يكون مضمونة وهو مغرور في الغصب فيرجع على من غره ويضعف بان غروره في الغصب لا مدخل
له في الضمان لانه لم يضمنه من حيث الغصب بل من حيث كونها عارية مضمونة ودخوله على ذلك فاذا تبين فسادها الحق حكمه
حكم الفاسد بالصحيح كما سلف من القاعدة وان رجع المالك على الغاصب لم يرجع على المستعير ان لم يكن مضمونة والا رجع عليه
بما كان يضمنه لو كانت صحيحة ولا فرق في ذلك كله بين المنفعة والاجزاء والعين واطلاق المص رده برجوع المستعير على الغاصب
او اختصاص الضمان به غير جيد بل كان عليه ان يستثني العارية المضمونة قوله اما لو كان عالما كان ضامنا ولم يرجع على الغاصب
ولو اغرم الغاصب رجع على المستعير لان المستعير من الغاصب عالما بالغصب فهو بمنزلة الغاصب في جميع الاحكام ومن حكم
ترتب ايدي الغاصبين على المال ان المالك يتخير في الرجوع على ايهما شاء ويستقر الضمان على من تلفت العين في يده هذا اذا
تساوت قيمته في ايديهما او زادت في يد المستعير اما لو اختص الغاصب بزيادة فيها ثم ذهبت قبل قبض المستعير اختص بضمان الزائد
لاختصاصه بغصبه فلا يرجع به المالك على المستعير ولا يرجع به الغاصب عليه لو رجع المالك عليه ابتداء قوله وهي كل ما يصح
الانتفاع به مع بقاء عينه هذا الحكم بحسب الاصل او الغالب والا فسياتي جواز اعارة المنحة والمستوفى منها اعيان لا منافع
كالصوف والشعر واللبن قوله ويقتصر المستعير على القدر الماذون فيه وقيل يجوز ان يستبيح ما دونه في الضرر كان يستعير ارضا
للزرع فيزرع والاول اشبه هذه المسئلة لم يذكر العلامة في كتبه اجمع فيها خلافا وفي الخ لم يذكرها وقطع بجواز الانتفاع بالادون
ضررا والمساوي وما اختاره اوجه وتوقف الاذن لان الاصل عدم جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه خرج منه ما اذن فيبقى
الباقي وكون الادون اولى بالاذن فيدخل من باب مفهوم الموافقة ممنوع لجواز تعلق غرض المالك بالنوع الخاص فالاولوية
ممنوعة نعم لو علم انتفاء الغرض في التخصيص ترجح جواز التخطي الى الاقل كما انه لو نهى عن التخطي لم يجز الى المساوي والاقل قطعا

وكذا دلت القرائن على تعلق الغرض بالمعين اذا تعرضه لك فلو عدل الى الاضر مع النهي او الاطلاق واولى المساوي والادون مع النهي
او الاطلاق على ما اختاره المص فهل يلزمه الاجرة لمجموع الزرع او يسقط منها مقدار اجرة المأذون فيه ويثبت الزائد خاصة
وجهان من انه تصرف في ملك الغير بغير اذنه وهو يستلزم ثبوت الاجرة كملا ومن انه قد اباحه المنفعة المخصوصة فلا يجب
لها عوض فاذا تخطى الى غيرها كان مقدار المنفعة المأذون مباحا له فيضمن الزائد ان كان ففي هذا لا يحصل في المساوي
والاقل ضررا الا الاثم خاصة والاقوى الاول لان المنفعة المأذون فيها لم يستوفها فسقط حقه منها وما استوفاه وقع بغير
اذن المالك فيضمن اجرته كملا لانه عدوان محض والعلامة رة فرق بين النهي عن التخطي وبين الاطلاق فاوجب الاجرة كملا
مع النهي واسقط التفاوت مع الاطلاق والفرق غير واضح لان التخطي في الحالين غير مأذون فيه غايته انه في احديهما نص
على المنع وفي الاخرى جاء المنع من اصل الشرع بواسطة عدم الاذن وذلك لا يوجب اختلاف الحكم المذكور نعم لو كان المأذون
فيه داخلا في ضمن المنهي عنه كما لو اذن له في تحميل الدابة قدرا معينا فزاد عليه او في ركوبها بنفسه فاردف غيره تحقق
اسقاط قدر المأذون قطعا لان المأذون فيه بعض المنفعة المنهي التي استوجرها فلا اجرة له بخلاف الزرع المخالف فانه
ما الزرع المأذون فيه وغيره قوله والمملوكة وان كان المستعير اجنبيا منها لا خلاف في جواز اعارة الجارية للخدمة سواء
كانت حسنة او قبيحة وسواء كان المستعير اجنبيا ام محرما لكن يكره اعارتها للاجنبي وتتأكد الكراهة اذا كانت حسنة خوف
الفتنة وخالف في ذلك الشافعي فحرم اعارتها الا ان تكون صغيرة لا تشتهى او كبيرة كذلك او قبيحة النظر فله وجهان واما
استعارتها للاستمتاع فغير جايز اجماعا قوله ويجوز استعارة الشاة للحلب وهي المنحة الحلب بفتح اللام مصدر قولك
حلبت الشاة والناقة احلبها حلبا والمنحة بالكسر الشاة المستعارة لذلك واصلها العطية وجواز اعارة الشاة لذلك
ثابت بالنص على خلاف الاصل لان اللبن المقصود من الاعارة عين لا منفعة وعدى الحكم الى غير الشاة مما يتخذ للحلب من
الانعام وغيرها وفي التذكرة يجوز اعارة الغنم للانتفاع بلبنها وصوفها وفي تعدي الحكم عن موضع الوفاق ان كان هو
اعارة الغنم للبن نظر لعدم الدليل مع وجود المانع وهو ان العارية مختصة في الاصل بالاعيان ليستوفى منها المنافع و
النص من طرقنا غير واضح ومن طريق العامة لا يدل على غير الشاة قوله ويصح الاعارة مطلقة ومدة معينة وللمالك
الرجوع الحكم بجواز الرجوع متعلق بما اذا عين المدة ونبه عليه مع دخوله سابقا في كون العارية من العقود الجائزة
من الطرفين على خلاف ابن الجنيد حيث حكم بلزومها من طرف المعير اذا عين لها مدة لكنه خص الحكم باعارة الارض
للزرع والغرس والبناء واما تعلق الحكم بالقسمين معا اعني الاطلاق وتعيين المدة فلا يمكنه فيه بعد ذكر الجواز مطلقا وكذا
جواز الرجوع مطلقا فان ذلك هو مقتضى العارية فلزومها في بعض الافراد يحتاج الى دليل صالح وتعيين المدة لم يخرجها
فيها عن كونها عارية جائزة نعم يفيد تعيينها عدم جواز تصرف المستعير بعدها كما يفيد تعيين المدة للتراخي وذلك مع
جواز الفسخ فيها لكل منهما قوله ولو اذن له في البناء او الغرس ثم امر بالازالة وجبت الاجابة وكذا في الزرع ولو قبل
ادراكه على الاشبه انما فصل الزرع عنهما لان الخلاف فيه دونهما الا مع اقترانهما بمدة وقد تقدمت الاشارة منه الى حكمه
والمخالف فيه الشيخ رة حيث اوجب على المعير الصبر بالعارية الى حين ادراكه لان له وقتا ينتهي اليه بخلاف الغرس
والبناء وتبعه ابن ادريس ويحتمل ان يكون الاشبه تنبيها على قول ابن الجنيد ايضا ويكون متعلقا بحكم الغرس والبناء من
حيث الاطلاق فانه يشمل ما لو اعاره لمدة معينة الا ان الاول اقعد وانسب بفصل الزرع عنهما وعطفه عليهما بعد
الفراغ من حكمهما وكيف كان فالاقوى ما اختاره المصنف من جواز الرجوع مطلقا لان بناء العارية على الجواز الا ان الزرع له

الدليل وهو ينتف

الدليل وهو ينتفي هنا وحديث الضرر والاضرار مشترك بين المعير والمستعير فيسقط اعتباره للتعارض ويرجع الى الاصل مع
انه يمكن الجمع بين المصلحتين واندفاع الضررين بدفع المعير الارش قوله ويجب على الآذن الارش فليس له المطالبة بالازالة من دون الارش
اي ارش الزرع والغرس والبناء وهو تفاوت ما بين كونه منزوعا من الارض وثابتا وهل يعتبر فيه كونه مجانا او باجرة كلام
الشيخ رة في ط صريح في الاول وهو الظاهر من كلام المص رة والجماعة ويحتمل اعتبار الثاني لان الرجوع في العارية يقتضي كون
ارض المعير مشغولة بملك غيره بغير اذنه فلا بد من اعتبار الاجرة في بقائه ويمكن دفعه بان وضعه في الارض لما كان صادرا
عن اذن المالك تبرعا اقتضى ذلك بقاء الزرع كذلك وانما صير الى جواز القلع بالارش جمعا بين الحقين فيقوم ثابتا بغير
اجرة مراعاة لحق المستعير ويقلع مراعاة لحق المعير وفيه ان جواز الرجوع في العارية لا معنى له الا ان يكون منفعة الارض ملكا
لصاحبها لا حق لغيره فيها ومعه فلا يستحق الابقاء فيها الا برضاه وحق المستعير مجبور بالارش كما ان حق المعير مجبور بالتسلط
على القلع وباخذ الاجرة لو اتفقا على ابقائه بها هذا هو الاقوى واختاره في التذكرة في غير محله استطرادا ولما كان المراد من
الارش هو التفاوت بين الحالتين فحيث ينتفي التفاوت كما اذا كان الرجوع بعد ادراك الزرع لا ارش فلا يبعد حكم المقرونة بالارش
في جميع ما تقدم الذي من جملته قوله وكذا الزرع ولو قبل ادراكه فان لو الوصلية تقتضي جواز الرجوع بعد ادراكه بطريق اولى
فصارت من جملة الصور المعقبة بثبوت الارش على الآذن والحال انه هنا لا ارش لعدم الاختلاف واثبات الارش انما
يكون في صورة اختلاف حالتي القلع والبقاء وهو باق في الصور فانشأ بقوله وليس له المطالبة الى ان دفع الارش شرط في
جواز المطالبة فلا يجب اجابته الى القلع قبل دفعه وان بذله لاحتمال تعذر الرجوع عليه بافلاس او غيبة ونحوهما
فيضيع حق المستعير ويلزم الضرر بخلاف ما لو دفع اولا فان غايته ان يهرب المستعير ويتعذر مباشرته للقلع بوجه فيباشره
المعير باذن الحاكم مع امكانه او لا معه مع تعذره وتعذر اذن المالك فلا يحصل الضرر لكن هذا الدفع نوع من المعاوضة ومن
شأنها انها مع الاختلاف يجبران على التقابض معا من غير ان يبدأ احدهما الآخر وانما حكم هنا بسبق دفع الارش لان المعية
غير ممكنة وفي بسط الدفع على الاجزاء حرج وعسر والضرر يعود الى المدفوع صفقة بخلاف العكس ولذلك حكم بتقدمه واعلم ان
المعير لو بذل قيمة الغرس والزرع والبناء لم يجب اجابته كما لا يجب اجابة المستعير لو بذل قيمة الارض او الاجرة لان تملك مال
الغير واستحقاق منفعة ماله موقوف على رضاه خلافا للشيخ رة في الاول فانه اوجب على المستعير الاجابة محتجا بانتفاء
الضرر عليه ولا يخفى ضعفه فان مجرد انتفاء الضرر على المالك غير كاف في جواز تملك ماله بغير رضاه قوله ولو اعاره ارضا
للدفن لم يكن له اجباره على قلع الميت المراد بالميت هنا المسلم ومن في حكمه كولده الصغير والمجنون واللقيط بشرطه
اذ لا حرمة لغيره وانما لزمت الاعارة هنا لما في النبش من هتك حرمته الثابتة له بعد الوفاة كالحيوة وهو موضع وفاق
وغاية المنع من الرجوع اندراس عظام الميت وصيرورته رميما والمرجع في ذلك الى الظن الغالب بحسب الترب والاهوية
وانما اطلق المصنف المنع لانه علقه على القلع ولا يتحقق الا مع بقاء شيء من اجزائه فاذا بلى لم يتحقق القلع فارتفع المنع
قوله وللمستعير ان يدخل الى الارض ويستظل بشجرها اذا استعار الارض للغرس وغرسها جاز لكل من المعير والمستعير دخول
الارض اما المعير فلان الارض ملكه فله الدخول اليها في كل وقت وله ان يستظل بشجرها وان كان ملكا لغيره لانه جالس
في ملكه كما لو جلس في غير ملكه واستظل بشجرة غيره او في المباح كذلك والضابط انه يجوز له الانتفاع منها
بكل ما لم يستلزم التصرف في الغرس ومثله البناء واما المستعير فلان الشجر ملكه فله الدخول لاجله بان يسقيه ويحرسه
ويتعهده ونحو ذلك وليس له ان يدخل لغرض آخر غير ما يتعلق بمصلحة الشجر والثمر كالتفرج لان الاستعارة وقعت لمنفعة

فلا يتعداها واعلم ان الموجود في عبارة الاصحاب وغيرهم في هذه المسئلة ان المعير له الدخول والاستظلال بالشجر معللين بما ذكرناه
من انه جالس في ملكه فلا يمنع منه واما المستعير فلم يذكر احد جواز جلوسه للاستظلال وانما شرطوا في دخوله ما ذكرناه من متعلقات
الشجر وعبارة المصنف هنا وقعت فيما وجدناه من النسخ ان للمستعير الدخول والاستظلال وحقه ان للمعير الدخول للاستظلال على
ما وجدناه في ساير كتب الفقه التي تعرضوا فيها لهذه المسئلة من كتبنا وكتب غيرنا والنكتة في الاستظلال بالنسبة الى المعير واضحة
كما ذكرناه واما المستعير فعلى تقدير جواز استظلاله لا نكتة في تخصيصه من بين الوجوه التي ينتفع بها قال في التذكرة يجوز للمعير
دخول الارض والانتفاع بها والاستظلال بالبناء والشجر لانه جالس على ملكه وليس له الانتفاع بشيء من الشجر بثمر ولا غصن
ولا ورق ولا غير ذلك ولا بضرب وتد في الحائط ولا التسقيف عليه وليس للمستعير دخول الارض للتفرج الا باذن المعير لانه تصرف
في غير ما اذن فيه نعم يجوز له الدخول لسقي الشجر ورمة الجدار حراسة لملكه عن التلف والضياع وقال في التحرير للمعير الدخول الى ارضه
والاستظلال بالشجر دون الانتفاع به من شد دابة وغيره واما المستعير فليس له الدخول لغير حاجة قطعا وفي دخوله لحاجة سقي
الغرس وجهان وفي القواعد يجوز للمعير دخول الارض والانتفاع بها والاستظلال بالبناء والشجر وكل ما لا يضر بالبناء و
الغرس وللمستعير الدخول لسقي الشجر ورمة البناء دون التفرج وباقي عبارات القوم قريبة من ذلك نعم ذكر الشهيد ره في اللمعة
جواز استظلال كل منهما بالشجر وهو اجود من الاقتصار على المستعير الا انه يحتمل نكتة الاقتصار عليه ببيان الفرد الاخفى
تنبيه يعلم من قولهم ان المستعير ليس له الدخول للتفرج انه لا يجوز لاحد الدخول الى ارض غيره للتفرج بطريق اولى الا باذن
المالك نعم لو كان صديقا توجه الجواز مع عدم قرينة الكراهة كما تقدم في صدر العارية قوله ولو اعاره حايطا لطرح خشبة
فطالبه بازالته كان له ذلك الا ان يكون اطرافها الاخر مثبتة في بناء المستعير فيؤدي الى خرابه واجباره على ازالة جذوعه
عن ملكه وفيه تردد هذا الحكم ذكره الشيخ ره وتبعه عليه ابن ادريس ووجهه ما اشار اليه المصنف ره من ان رجوع المعير مستلزم
للتصرف في ملك الغير وتخريب بنائه الواقع في ملكه فيمنع منه لان الثابت له شرعا انما هو تفريغ ملكه عن ملك الغير لا تخريب
ملك الغير ووجه تردد المصنف ره فيه مما ذكر ومن انه عارية من لوازمها جواز الرجوع فيها وما ذكر لا يصلح للمنع لان تفريغ مال
المستعير مع المطالبة واجب فاذا توقف على تخريب ملكه كان من باب المقدمة التي لا يتم الواجب الا بها فيجب من هذه الحيثية
والمستعير ادخل الضرر على نفسه ببنائه في ملك غيره بناء معرضا للزوال بالرجوع في العارية التي هي مبنية على الجواز والاقوى الجواز
مع الارش كما هو جائز لغرس المستعير قوله ولو اذن له في غرس شجرة فانقلعت جاز ان يغرس غيرها استصحابا للاذن الاول
وقيل يفتقر الى اذن مستأنف وهو اشبه وجه الاول ان الاذن قائم ما لم يرجع ويضعف بانه قائم فيما دل عليه لا في غيره فعدم
الجواز كما اختاره المصنف ره الا باذن جديد اقوى ومثله الزرع والبناء ووضع الجذع قال في التذكرة اما لو انقلع الفسيل لما نون
له في نقله في غير وقته المعتاد او سقط الجذع كذلك وقصر انهدامه جدا فالاولى ان له ان يعيده بغير تجديد الاذن قوله ولا يجوز
اعارة العين المستعارة الا باذن المالك ولا اجارتها لان المنافع ليست مملوكة للمستعير وان كان له استيفاؤها اي على وجه لان شرط المعير
ان يكون مالكا للمنفعة ولان الاصل عصمة مال الغير وصيانته عن التصرف فيه والاعارة انما تناولت المستعير نعم يجوز للمستعير ان
يستوفي المنفعة بنفسه ووكيله ولا يعد ذلك اعارة لان المنفعة عائدة الى المستعير لا الى الوكيل وهذا موضع وفاق وخالف في
فيه بعض العامة فجوزه قياسا على اجارة المستاجر والفرق واضح وحيث يعير المستعير فللمالك الرجوع باجرة المثل عن مدة الاعارة
الثانية على من شاء منهما وبدل العين لو تلفت فان رجع على المعير لم يرجع على المستعير الجاهل بالحال الا ان يكون العارية مضمونة
فيرجع عليه ببدل العين لو تلفت وان رجع على المعير لم يرجع على خاصة ولو كان عالما استقر الضمان عليه كالغاصب وان رجع على

المستعير

المستعير يرجع على المعير بما لا يرجع عليه به لو رجع عليه لغروره وهذا مقتضى القواعد وقد تقدم مثله في المستعير من الغاصب وفي التذكرة و
القواعد استشكل رجوع المستعير على المعير لو رجع عليه مطلقا وفي رجوع المعير على المستعير الجاهل مع حكمه في المستعير من الغاصب بمثل
ما سلف ومثله القول في الاجارة بل اولى لان الاعارة جائزة فاذا رجع المعير امكن المستعير الرجوع في اعارته فقد يتوهم جوازه لذلك
ويجعل المستعير كالوكيل بخلاف الاجارة لانه يملك المنفعة بناء على صحتها فيها في الاجارة قوله العارية امانة لا يضمن الا بالتفريط او
في الحفظ
التعدي او اشتراط الضمان اجمع اصحابنا واكثر العامة على ان العارية امانة لا تضمن بالتلف والنصوص الصحيحة على ذلك من طرقنا
كثيرة واستثنى منه مواضع الاول التعدي والتفريط في الحفظ وقد كان يستغني عن استثنائه لان معنى عدم ضمان الامانة في كل
موضع انها لو تلفت بيده لم يضمن والامر سهل الثاني العارية من غير المالك والكلام في استثنائها كما مر فانها غصب في الحقيقة
لا عارية ولكنها بصورة العارية فاجرى عليها اللفظ الثالث عارية الصيد للمحرم فان امساكه حرام فيكون متعديا وضامنا وهذا
ظ بالنسبة الى حق الله تعالى اما بالنسبة الى حق المالك فيشكل بما مر الرابع عارية الذهب والفضة الا ان يشترط سقوطه وسيأتي الكلام فيه
ان شاء الله الخامس اذا شرط ضمانها وهو صحيح بالنص والاجماع وعارية الحيوان فان ابن الجنيد حكم بكونه مضمونا استنادا الى رواية يمنع
ضعفها من العمل بها والاقوى انه كغيره مما لا يضمن الا بالشرط وقد اتضح بذلك انه لا يستثنى الا ما استثناه المصنف ره خاصة اذا تقرر
ذلك فالعارية بالنسبة الى الضمان وعدمه مع الشرط وعدمه اربعة اقسام احدها ما يضمن وان اشترط عدم الضمان وهو الثلثة
الاول من الصور المستثناة ويحتمل قويا سقوطه في الاولى لان فحوى اذن المالك له في الاتلاف مجانا فلا يستعقب الضمان واما
الاخريان فالامر فيهما واضح لان اسقاط غير المالك الضمان لمال الغير لا عبرة به وكذا اسقاط الضمان عن المحرم لانه ثابت عليه من
عند الله تعالى باعتبار كونه صيدا لا باعتبار كونه مملوكا وثانيها ما لا يكون مضمونا وان اشترط الضمان وهو استعارة المحل الصيد
من المحرم وقد تقدم تسمية المصنف ره له استعارة وثالثها ما يكون مضمونا الا ان يشترط عدم الضمان وهو استعارة الذهب
والفضة ورابعها ما لا يكون مضمونا الا ان يشترط الضمان وهو باقي اقسامها قوله ويضمن اذا كانت ذهبا او فضة وان لم يشترط
الا ان يشترط سقوط الضمان هذا احد الصور التي تضمن فيها العارية من غير شرط بل هو الفرد الاظهر كما تقرر ومستند الحكم ٥
النصوص الواردة عن اهل البيت عليهم السلم كرواية زرارة في الحسن عن الصادق ع قال قلت له العارية مضمونة فقال جميع ما استعرته
فتوى فلا يلزمك تواه الا الذهب والفضة فانهما يلزمان الا ان يشترط انه متى توى لم يلزمك تواه وكذلك جميع ما استعرت فاشترطت
عليك لزمك والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك وروى ابن سنان في الصحيح عنه عليه السلام لا يضمن العارية
الا ان يكون اشترط فيها ضمان الا الدنانير فانها مضمونة وان لم يشترط فيها ضمانا وفي حسنة عبد الملك مثلها الا ان الاستثناء
فيها الدراهم وقد علم من ذلك ان عارية الدراهم والدنانير مضمونة ولا خلاف في ضمانها عندنا انما الخلاف في غيرهما من الذهب و
الفضة كالحلي المصوغة فان مقتضى الخبر الاول دخولها ومقتضى تخصيص الثاني بالدراهم والدنانير خروجها فمن الاصحاب
من نظر الى ان الذهب والفضة مخصصان من عدم الضمان مطلقا ولا منافاة بينها وبين الدراهم والدنانير لانها بعض افرادهما
فيستثنى الجميع ويثبت الضمان في مطلق الجنسين ومنهم من التفت الى ان الذهب والفضة مطلقان او عامان بحسب افادة
الجنس المعرف العموم وعدمه والدراهم والدنانير مقيدان او مخصصان فيجمع بين النصوص بحمل المطلق على المقيد او العام على
الخاص والتحقيق في ذلك ان نقول ان هنا نصوصا على ثلثة اضرب احدها عام في عدم الضمان من غير تقييد كصحيحة الحلبي عن
الصادق ع ليس على مستعير عارية ضمان وصاحب العارية والوديعة مؤتمن وقريب منها صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلم
وثانيها بحكمها الا انها استثنى مطلق الذهب والفضة وثالثها بحكمها الا انه استثنى الدنانير او الدراهم وح فلا بد من الجمع فاذا طرح

الدراهم والدنانير لانه لم يخرجهما على الوجهين الاخرين فاذا خرجا من العموم بقي العموم فيما عداهما وقد عارضه التخصيص بمطلق الجنسين
فلا بد من الجمع بينهما بحمل العام على الخاص فان قيل لما كان الدراهم والدنانير اخص من الذهب والفضة وجب تخصيصهما بهما فلا
يبقى المعارضة الا بين العام الاول والخاص الاخير قلنا لا شك ان كلا منهما مخصص لذلك العام لان كلا منهما مستثنى وليس هنا الا
ان احد المخصصين اخص من الاخر مطلقا وذلك غير مانع فيخصص العام الاول بكل منهما ويتقيد مطلقه لان احدهما مخصص بالاخر
لعدم المنافاة بين اخراج الذهب والفضة في لفظ والدراهم والدنانير في لفظ حتى يوجب الجمع بينهما بالتخصيص او التقييد
وايضا فان العمل بالخبرين الاخصين لا يمكن لان احدهما لم يخص الا الدنانير وابقى ما بقي على حكم عدم الضمان صريحا والاخر
لم يستثن الا الدراهم وابقى ما بقي على حكم عدم الضمان كذلك فدلالتهما قاصرة والعمل بظاهر كل منهما لم يقل به احد بخلاف الخبر
المخصص بالذهب والفضة فان قيل التخصيص انما جعلناه بهما معا لا بكل واحد منهما فلا يضر عدم دلالة احدهما على الحكم المط
منه قلنا هذا ايضا لا يمنع قصور كل واحد عن الدلالة لان كل واحد مع قطع النظر عن صاحبه قاصر وقد وقعا في وقتين في
حالتين مختلفتين فظهر ان ارادة الحصر من كل منهما غير مقصودة وانما المستثنى فيهما من جملة الافراد المستثناة ومع
تعين الجمع بينهما بجعل المستثنى مجموع ما استفيد منهما لا يخرجان عن القصور في الدلالة على المط اذ لا يعلم منهما الا ان
الاستثناء ليس منحصرا على ما ذكر في كل واحد فان قيل اخراج الدراهم والدنانير خاصة ينافي اخراج جملة الذهب والفضة
فلا بد من الجمع بينهما بحمل الذهب والفضة على الدراهم واحتمال الدنانير كما يجب الجمع بين عدم الضمان لمطلق العارية و
الضمان لهذين النوعين لتحقق المنافاة قلنا نمنع المنافاة بين الامرين فان استثناء الدراهم والدنانير اقتضى بقاء
العموم في حكم عدم الضمان فيما عداهما وقد عارضه الاستثناء الاخر فوجب تخصيصه به ايضا فلا وجه لتخصيص احد المخصصين
وايضا فان حمل العام على الخاص استعمال مجازي وابقاؤه على عمومه حقيقة ولا يجوز العدول الى المجاز مع امكان الاستعمال
على وجه الحقيقة وهو هنا ممكن في عموم الذهب والفضة فيتعين والغاء ما الى التخصيص في الاول لتعينه على
كل تقدير فان قيل اذا كان التخصيص يوجب المجاز وجب تقليله ما امكن لان كل فرد يخرج يوجب زيادة المجاز في الاستعمال
حيث كان حقه ان يطلق على جميع الافراد وح فنقول قد تعارض هنا مجازان احدهما في تخصيص الذهب والفضة
بالدنانير والدراهم والثاني في زيادة تخصيص العام الاول بمطلق الذهب والفضة على تقدير عدم تخصيصهما
بالدنانير والدراهم فترجيح احد المجازين على الاخر ترجيح من غير مرجح بل يمكن ترجيح تخصيص الذهب والفضة لان فيه
مراعاة قوانين التعارض بينه وبين ما هو اخص منه قلنا لا نسلم التعارض بين الامرين لان استعمال العام الاول على
الوجه المجازي حاصل على كل تقدير اجماعا وزيادة التجوز في الاستعمال لا يعارضه اصل التجوز في المعنى الاخر فان
ابقاء الذهب والفضة على عمومهما استعمال حقيقي فكيف يكافئه مجرد تقليل التجوز مع ثبوت اصله وبذلك يظهر
بطلان الترجيح بغير مرجح فان المرجح حاصل في جانب الحقيقة هذا ما يقتضيه الحال من الكلام على هذين الوجهين
ويبقى فيه مواضع يحتاج الى التنقيح والمعتمد في الحكم بضمانهما في الجملة النصوص واما تعليل الضمان فيهما بان
المنفعة فيهما حقيقة لا يعتد بها في نظر الشرع والمقصود منها الانفاق فكانت مضمونة عملا بالغاية الذاتية ولان هذه
الحكمة يقوى في المصوغ لكثرة منفعته بدون انفاقه فيختص حكم الضمان بالدنانير والدراهم فهو ضعيف لا
يصلح لتاسيس الحكم الشرعي فان اعارتهما انما تصح لينتفع بهما على تقدير بقائهما لانه شرط صحة الاعارة وضعف
المنفعة وقوتها لا مدخل له في اختلاف الحكم كما لا يختلف حكم استعارة البعير وقطعة من حصير **قوله** اذا رد العارية

الى المالك

الى المالك او وكيله برئ ولو ردها الى الحرز لم يبرأ اي ردها الى حرز المالك من غير ان يوصلها الى يده او ما في حكمها كالرد الدابة
الى اصطبله او رد الة الدار اليها وعدم براءته في ذلك واضح لانه لم يسلمها الى المالك وعلى اليد ما اخذت حتى تؤدي بل لو لم يكن
العارية مضمونة صارت مضمونة بذلك لتفريطه بوضعها في موضع لم ياذن المالك بالرد اليه كالورد الوديعة في دار صاحبها
او الدابة المودعة في الاصطبل فتلفت قبل ان يتسلمها الى المالك فهذا الاخلاف فيه عندنا وانما نبه به على خلاف ابي حنيفة
حيث ذهب الى ان ردها الى ملك المالك كردها اليه لان رد العواري في العادة يكون الى املاك اصحابها وفساده واضح
المراد العادية بذلك ممنوعة **قوله** ولو استعار الدابة الى مسافة فجاوزها ضمن ولو اعادها الى الاولى لم يبرأ بيد الضمان
من حين الاخذ في تجاوز المأذون ويستمر الى ان يردها الى المالك واما ضمان المنفعة وهو الاجرة فيثبت في المسافة المتجاوزة ذهابا
وعودا الى الموضع المأذون فيه خاصة لانه فيها غاصب ولم يبطل الاعارة بذلك فيكون استعمالها بعد عوده الى المأذون
فيه الى ان يردها على الوجه المأذون جائزا لكن كان الاصل مضمونا بالتعدي السابق ولو كانت العارية مضمونة في اصلها ك
ضمنها من حين اخذها الى ان ياخذ في تجاوز المأذون ضمان العارية وهو ضمان العين دون المنفعة على ما ياتي وفي التجاوز
ضمان الغصب الى ان يعود الى المأذون ومنه الى ان يصل الى المالك ضمان العارية ايضا عندنا **قوله** يجوز للمستعير بيع غروسه
وابنيته في الارض المستعارة للمعير ولغيره على الاشبه الخلاف في بيعه لغير المعير ووجه المنع انه في معرض الهدم والنقض
ولان ملكه عليه غير مستقر لان المعير سبيل من ملكه والاقوى الجواز لانه مملوك في حال بيعه غير ممنوع من التصرف فيه وكونه
متزلزلا لا يمنع من جواز بيعه كما يجوز بيع الحيوان المشرف على التلف وهو في معرض الهلاك ومستحق القتل قصاصا كذلك
على ما مر ثم ان كان المشتري جاهلا بالحال فله الفسخ لان ذلك عيب لا ان كان عالما بل ينزل منزلة المستعير ولو اتفقا على
بيع ملكيهما معا بثمن واحد صح على خلاف ما تقدم في باب الشركة ويوزع الثمن عليهما فيوزع على ارض مشغولة بالغرس
او البناء على وجه الاعارة مستحق القلع مع الارش او الابقاء مع الاجرة او التملك بالقيمة مع التراضي وعلى ما فيها من بناء
او غرس مستحق للقلع على احد الوجوه الثلثة فحصة الارض للمعير وحصة ما فيها للمستعير **قوله** اذا حملت الاهوية او السيول
حبا الى ملك انسان فنبت كان لصاحب الارض ازالته ولا يضمن الارش كما في اغصان الشجرة النابتة الى ملكه اذا حملت
السيول وشبهها حبا الى ارض الغير فلا يخ اما ان يكون مما يعرض عنه مالكه او لا وعلى التقديرين اما ان يعلم المالك او يجهل
منحصرا في جماعة منحصرين او لا وعلى التقادير الستة اما ان يكون متمولا او قليلا غير متمول كالحبة الواحدة فالصور اثنى عشر
فان اعرض عنها المالك وطرحها وان كانت كثيرة فلمالك الارض تملكها وله طرحها عن ارضه كما يجوز تناول ما اعرض صاحبه
عنه من الثمار والسنبل ونحوها ويجوز للمالك الرجوع فيها ما دامت باقية لان ذلك بمنزلة الاباحة وان لم يكن اعرض عنها
وكان معلوما فهي باقية على ملكه ولصاحب الارض مطالبته بالازالة فيجب عليه لان ملكه قد شغل ارض غيره بغير حق
فيجب تخليصه منها وهل يجب عليه الاجرة للمدة التي كان باقيا فيها اما بعد المطالبة والتمكن من ازالته فالوجوب واضح
لانه بمنزلة الغاصب مختارا واما قبل ذلك فالظاهر انه لا اجرة عليه اذ لم يقصر في القلع ولا حصل في الارض بتفريطه فاذا قلعه
وجب عليه تسوية الارض وطم الحفر لانها حدثت بفعله لتخليص ملكه منها فان امتنع اجبر عليه وجاز لصاحب الارض
نزعه منها كما لو سرت اغصان شجرة الى ملكه ولو اشتبه المالك في قوم منحصرين وجب عليهم اجمع التخلص بالصلح او التمليك
ونحوه ويجب على مالك الارض ايضا مراجعتهم فيما يراجع فيه المالك المعين ولو لم ينحصر المالك كان بمنزلة اللقطة يجوز تملكه
ان كان دون الدرهم من غير تعريف ولو تركه من غير نية التملك حتى بلغه وجب تعريفه كاللقطة ويحتمل كونه كمال مجهول المالك

فى جواز التصدق به عنه من غير تعريف ولوكان قليلا لايتمول كنواة واحدة فنبت احتمل كونه لمالك الارض ان قلنا لايجب دفعه على مالكه لانتفاء حقيقة المالية فيه والتقوم انما حصل فى ارضه والاقوى عدم جواز تملكه مطلقا فيكون حكمه كما تقدم ولو حمل السيل ارضا بشجرها اوبدونه فهى لمالكها ويجبر على ازالتها كما مر وفى جميع ذلك لوتركه مالكه لصاحب الارض التى انتقل اليها فان قبله فلا كلام والا ففى وجوب ازالته على مالكه وجهان وقطع فى التذكرة بانه يقطع عنه مؤنة نقله واجرته لانه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه وكان الخيار لصاحب الارض المشغولة ان شاء اخذه لنفسه وان شاء قلعه قوله لو نقصت بالاستعمال ثم تلفت وقد شرط ضمانها ضمن قيمتها يوم تلفها لان الضمان المذكور انما اذا شرط ضمان المستعار فقد شرط ضمان عينه على تقدير التلف وضمان نقصانه على تقديره وضمانهما وقد يطلق اشتراط الضمان ولا شبهة فى اتباع مقتضى شرطه فى الثلثة الاول فيضمن العين خاصة فى الاول والنقصان خاصة فى الثانى الى ان ينتهى حالات تقويمه باقيا وضمانهما معا فى الثالث وانما الكلام عند اطلاق اشتراط الضمان وهى مسئلة الكتاب والمصنف جزم بان الاطلاق ينزل على ضمان العين خاصة فيضمن قيمتها يوم التلف لان النقص حصل بفعل ماذون فيه فلا يكون مضمونا ولانها لوتلفت بردها على تلك الحال لم يجب عليه شئ فاذا تلفت وجب مساويها فى تلك الحال ويمكن الفرق بين تلف الاجزاء الموجب للنقص بالاستعمال وغيره فيضمن على الثانى دون الاول لان تلفها بالماذون فيه فلا يتعقب ضمانا وقد يمنع اصل هذه الحجة ويحكم بضمان النقص وان ردها فان ذلك من مواضع النزاع اذ لامانع ان يمنع من كون النقص غير مضمون فى المضمونة سواء تلفت ام ردها لان مقتضى تضمين العين تضمين اجزائها لانها مركبة منها والاذن فى اصل الاستعمال لاينافى الضمان والحال انه شروط اذ ليس من لوازم اصل الاستعمال النقص فيجوز ان يكون الاستعمال ماذونا فيه والنقص مضمونا فى القواعد استشكل الحكم وفى التذكرة وافق على ما ذكره المصنف والقول بالضمان لايخ من قوة فان قلنا به ضمن اعلى القيم من حين القبض الى حين التلف ان كان اختلافها من حيث الاجزاء كالثوب يلبس وينسحق على التدريج ولوكان الاختلاف من حيث قيمة السوق لم يضمن الزايد بسببه لان ذلك ليس من مدلول ضمان العين خصوصا ان لم توجبه على الغاصب وان قلنا بعدم الضمان ضمن قيمته اخر حالات التقويم واحترز بقوله وقد شرط ضمانها عما لوكان موجب الضمان التفريط او التعدى فانه يجب ضمان الاجزاء المتاخرة عن وقت الضمان دون الذاهبة قبله بالاستعمال ونحوه من الوجوه التى هى غير مضمونة وفى القواعد ساوى بين الامرين فى الحكم بالضمان وعدمه فى الاجزاء المتقدمة على التفريط والمتاخرة عنه وليس بجيد قوله اذا قال الراكب اعرتنيها فقال المالك اجرتكها فالقول قول الراكب لان المالك مدع للاجرة وقيل القول قول المالك فى عدم العارية فاذا حلف سقطت دعوى الراكب ويثبت عليه اجرة المثل لا المسمى وهو اشبه القول الاول للشيخ رحمه الله فى الخلاف ووجهه انهما يتفقان على ان تلف المنافع وقع على ملك المستعير لزعمه انه ملكها بالاستيفاء المستند الى العارية لان المستعير يملك بذلك الاستيفاء فيه شرعية على القولين ثم المالك يدعى عليه عوض ما استوفاه من ملكه وهو ينكر استحقاقه والاصل يقتضى عدم وجوبه وبرائة ذمة الراكب منه فيكون القول قوله والراكب يدعى شغلها فيحتاج الى البينة ويشكل بان المنافع اموال كالاعيان فهى بالاصالة لمالك العين فادعاء الراكب ملكيتها بغير عوض على خلاف الاصل واصالة برائة ذمته انما يصح من خصوص ما ادعاه المالك لامن مطلق الحق بعد العلم باستيفائه المنفعة التى من جملة اموال المالك وحقوقه والاصل يقتضى عدم خروجها عن ملكه مجانا فمن ثم ذهب المص وقبله ابن ادريس الى

تقديم قول المالك فى عدم العارية وان لم يقبل قوله فيما يدعيه من الاجارة لانه مدع ايضا فيحتاج الى البينة كما ان الراكب مدع للعارية فلا يقبل قوله فيها فاذا حلف المالك على نفى العارية لم يثبت الاجارة ولكن يثبت كون الراكب تصرف فى ملكه بغير تبرع منه فيثبت عليه اجرة المثل ويشكل بما لوكان مايدعيه من الاجرة اقل من اجرة المثل لاعترافه بنفى الزايد فينبغى ان يثبت له بيمينه اقل الامرين مما يدعيه واجرة المثل فهو يعترف بعدم استحقاقه سواه وان كان الاقل اجرة المثل فلم يثبت بيمينه سواها لم يثبت الاجارة وانما ثم تصرف الراكب فى ماله بغير اذن المالك على وجه التبرع وهذا هو الذى اختاره العلامة فى القواعد وهو اجود من السابق الا انه يشكل بان المالك يدعى الزايد من الاجرة عن اجرة المثل على تقدير كون المسمى اكثر والراكب ينفيه فلا بد من وجه شرعى يقتضى نفيه وحلفه على نفى العارية لم يدل على اثباتها واثبات اقل الامرين باليمين مسلم لكن يبقى النزاع فى الزايد على تقديره فلا يندفع الا بحلف الراكب على نفى الاجارة او نكوله فيحلف المالك على الاجارة ويأخذ الزيادة ومن ثم ذهب العلامة فى المخ والشهيد ره فى بعض تحقيقاته ونبهها جماعة الى انهما يتحالفان لان كلا منهما مدع ومدعى عليه فيحلف المالك على نفى مايدعيه الراكب وهو العارية ويحلف الراكب على نفى مايدعيه المالك من الاجارة ويثبت اقل الامرين لانتفاء الزايد من المسمى بيمين المستعير وانتفاء الزايد من اجرة المثل باعتراف المالك وهذا هو الاقوى وللشيخ قول خامس وهو القرعة بناء على انه امر مشتبه ويضعف بانه لا اشتباه مع القاعدة المتفق عليها من حكم المدعى والمنكر وهذا كله اذا وقع الاختلاف بعد انقضاء مدة يدعى المالك كونها مدة الاجارة او مضى مدة لها اجرة عادة اما لو وقع الاختلاف قبل ذلك فحكمه ما سنذكره ولا فرق بين ان يكون هذا النزاع مع بقاء العين وتلفها لانها ان كانت باقية ردها بعد التحالف الى المالك ويثبت الاقل من الاجرتين او من اجرة المثل وقسط المسمى لوكان فى اثناء المدة وبطلت الاجارة فى الباقى ان كان ولو اكتفينا بحلف المالك على نفى العارية ففى انتزاع العين نظر من انكار المستعير الاجارة واذن المالك على وجه التبرع فى انتزاعها لانكاره فيرجع ومن اعتراف المالك بعدم استحقاقه انتزاعها الى ان ينقضى المدة التى يدعيها وهذا مما يويد القول بالتحالف لان هذا نزاع اخر لم يتحرر عن يمين المالك كالنزاع فى الزايد من المسمى وان كان العين تالفة فحكم الاجرة ما ذكر اما العين فان كانت امانة كما لوكانت الاعارة التى يدعيها الراكب غير مضمونة فلا شئ على الراكب لاتفاقهما على كونها فى يده امانة اما بالاجارة او الاعارة وان كانت مضمونة فمدعى الاعارة يعترف بثبوت القيمة فى ذمته والمالك ينكره لعدم انقضاء الاجارة الضمان فيوقف الى ان يتفقا عليه قوله ولوكان الاختلاف عقيب العقد من غير انتفاع كان القول قول الراكب لان المالك يدعى عقدا وهذا ينكره هذا التعليل آت باطلاقه فى الاول فلا بد من اقترانه بامر اخر وهو ان المالك لايدعى على مدعى الاعارة شيئا من عوض المنافع وانما يدعى ثبوت الاجارة ووجوب الاجرة فى ذمته وان كان قبل الاستيفاء والاخر ينكرها فيقدم قوله لاصالة برائة ذمته من تعلق الاجارة ومايلزمها بها فالدعوى هنا متمحضة للمالك فيقدم قول مدعى الاعارة وسيرد العين قوله اذا استعار شيئا لينتفع به فى شئ فانتفع به فى غيره ضمن ان كان له اجرة لزمه مثله وجه الضمان ظ لتعديه فى العين حيث انتفع بها فى غير المأذون فيلزمه اجرة مثل ذلك العمل لوقوعه بغير اذن المالك ولا يسقط منه مقدار تفاوت الماذون لانه لم يستوف تلك المنفعة فكانه اسقط حقه مما يملكه وانتفع بما لايملكه ولا فرق بين كون المنفعة التى استوفاها اشق من الماذون فيها ومساويه وادون اذا كانت مخالفة لها فى الجنس ولو اتفقتا فى الجنس كانواع الزرع ففيه ما مر من الاشكال اذا جحد العارية بطل استيمانه ولزمه الضمان مع ثبوت الاعارة القول فى جحود العارية كالقول فى جحود الوديعة حكما وشرايط فراجعه ثم ويبتدى الضمان الجحود لانه بمنزلة

التعدي قوله اذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه ولو ادعى الرد فالقول قول المالك مع يمينه اما الاول فلانه وان كان مدعيا ما يخالف الاصل الا انه يمكن صدقه فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس وقد تقدم نظيره وما يرد عليه في ابواب
الامانات واما الثاني فلان الاصل عدم الرد فيكون القول قول منكره وهو المالك ولان المستعير قبض لمصلحة نفسه
وبذلك فارق الودعي لانه انما قبض لمصلحة المالك وهو محسن محض وما على المحسنين من سبيل واعلم ان هذه العلة
تجري في كثير من ابواب تنازع المتامنين الا انها يقتضي قبول قول الوكيل في الرد لو كان بغير جعل وهو مشكل لمخالفته
للاصل وكون هذه العلة ليست منصوصة وانما هي مناسبة قوله لو فرط في العارية كان قيمتها عند التلف اذا لم يكن
لها مثل وقيل اعلى القيم من حين التفريط الى حين التلف والاول اشبه وجه الاول ان الواجب على المستعير مع بقاء
العين ردها دون القيمة وانما ينتقل اليها مع التلف فح فالمعتبر القيمة وقت التلف وهذا هو الاقوى ووجه الثاني
ان العين لما كانت مضمونة فكل واحدة من القيم المتعدده في وقت كونها مضمونة مضمونة اذ معنى ضمان العين
كونها لو تلفت ضمن قيمتها وهو حاصل في جميع الوقت فيضمن اعلى القيم لدخول الباقي فيها وموضع الخلاف ما
لو كان الاختلاف بسبب السوق اما لو كان بسبب نقص في العين فلا اشكال في ضمانه لان ضمان العين يقتضي
ضمان اجزائها وفي المسئلة قول ثالث وهو ان المعتبر قيمتها وقت الضمان لتعلقها بالذمة ح على تقدير التلف
وقد تقدم الكلام في هذه المسئلة غير مرة قوله ولو اختلفا في القيمة كان القول قول المستعير وقيل قول المالك
والاول اشبه اي اختلفا في قيمة المستعار على تقدير تلفه بتفريط او كونه مضمونا بامر اخر فالقول قول المستعير لانه
منكر للزايد فيدخل في عموم الخبر وقال الشيخ وجماعة قول المالك لخروج المستعير عن الامانة خصوصا على تقدير التفريط
فلا يقبل قوله والاقوى الاول لان قبول قوله من حيث كونه منكرا لا من حيث كونه امينا

كتاب الاجارة

قوله الاجارة من الالفاظ المنقولة شرعا عن موضوعها لغة لانها في الشرع عبارة عن تمليك المنفعة خاصة
بعوض معلوم لا نفس ماهيتها او العقد المفيد لذلك على ما تقرر سابقا وهي في اللغة اسم للاجرة وهي كراء
الاجير لا مصدر آجر يوجر فان مصدره الايجار بخلاف باقي العقود فانه يعبر عنه بمصدر الفعل او باسم المصدر فلا
يتغير عن موضوعه الا بنحو ظرائية وتغيير سهل والمطابق لغيرها التعبير بالايجار لكنها قد اشتهرت في هذا اللفظ
على وجه لا يرتاب في تحقق النقل اذ لا يتبادر غيره قوله في العقد وثمرته تمليك المنفعه بعوض معلوم عدل عن
تعريف الاجارة بذكر ما يفيد فايدة التعريف مع سلامته عما يرد على التعريف اذ لو قال هي عقد ثمرته تمليك
المنفعة اه كما عرف به بعضهم لا ينتقض في طرده بالصلح على المنافع بعوض معلوم وبهبتها مع شرط العوض
واما جعل المقررة ذلك ثمرة هذا العقد فلا ينافي كونها ثمرة عقد اخر لكن يبقى فيه ان تمليك المنفعة المذكورة
ليست ثمرة العقد بل ثمرة الايجاب لان الموجر هو المالك لا المستاجر فان التمليك مصدر ملك بالتشديد لا ملك
او تملك لان مصدرها الملك والتملك ويمكن اندفاعه بان الايجاب لما كان جزء السبب المصحح للتملك نسبت الثمرة
اليها فان التملك وان وقع من الموجب خاصة الا انه لا يتم ثمرته بانفراده بل لا بد من مصاحبته لبقية الشرائط
وغيرها مما يتوقف عليه قوله والعبارة الصريحة عن الايجاب آجرتك ولا يكفي ملكتك اما لو قال ملكتك سكنى
هذه الدار مثلا صح لما كانت الاجارة من العقود اللازمة وجب انحصار لفظها في الالفاظ المنقولة شرعا

المعهودة

المعهودة لغة والصريح منها في الايجاب آجرتك واكريتك اما الاولى فقد تقدم الكلام فيها واما الثانية فهي من
الالفاظ المستعملة ايضا لغة وشرعا في الاجارة يقال اكريت الدار فهي مكراة ويقال اكريته واستكريت وتكاريت
بمعنى ومنه اخذ المكاري لانه يكري دوابه ونفسه واما التمليك فيفيد نقل ما تعلق به فاذا ورد على الاعيان افاد
نقل ملكها وليس ذلك مورد الاجارة لان العين تبقى على ملك الموجر بل اذا اراد اقامته مقام الاجارة تعين اضافته
الى المنافع لان التمليك في الاجارة بالعوض انما هو المنفعة لا العين ولا بد من وقوع الايجاب ابتداء بلفظه كان يقول
ملكتك منفعة هذه الدار مدة كذا مثلا بكذا اما لو عبر في الايجاب بلفظ اجرت واكريت فانهما انما يردان على العين
فلو اوردهما على المنفعة بان قال اجرتك منفعة هذه الدار مثلا اه لم يصح بخلاف ملكتك واما القبول فمنافيه
كل لفظ يدل على الرضا بالايجاب كقبلت واستاجرت واكتريت واستكريت كما قد سبق ولو تقدم القبول على الايجاب
صح بما على الاول قوله وكذا اعرتك لتحقق القصد الى المنفعة المنبه به سابقا المشار اليه هنا هو الحكم بالصحة اذا
قال ملكتك سكناها سنة اي وكذا يصح لو قال اعرتك هذه الدار سنة بكذا ووجه الصحة ما اشار اليه بقوله لتحقق
القصد الى المنفعة والمراد ان الاعارة لما كانت لا يقتضي ملك المستعير للعين وانما يفيد تسليطه على المنفعة وملكه
لاستيفائها كان اطلاقها بمنزلة تمليك المنفعة فيصح اقامتها مقام الاجارة كما يصح ذلك بلفظ الملك والحق ان العارية
انما يقتضي اباحة المنفعة لا تمليكها والعوض لا يدخل في ماهيتها بخلاف التمليك فانه يجامع العوض ولا يخفى ان
التجوز بمثل ذلك خروج عن مقتضى العقود اللازمة قوله ولو قال بعتك هذه الدار ونوى الاجارة لم يصح وكذا لو
قال بعتك سكناها سنة لاختصاص لفظ البيع بنقل الاعيان وفيه تردد وجه المنع ما ذكره من ان البيع موضوع لنقل
الاعيان والمنافع تابعة لها فلا يثمر الملك لو تجوز به في المنافع منفردة وان نوى الاجارة وظ التذكرة ان ذلك
اجماعي لانه نسبه الى علمائنا ولكن المقررة تردد وفي التحرير جعل المنع اقرب ووجه تردد المقررة مما ذكر ومن انه
بالتصريح بالمدة ونقل المنفعة مع ان البيع يفيد نقلها ايضا مع الاعيان وان كان بالبيع ناسب ان يقوم مقام الاجارة
اذا قصدها والاصح المنع قوله والاجارة عقد لازم لا يبطل الا بالتقايل او باحد الاسباب المقتضية للفسخ لزوم عقد
الاجارة موضع وفاق وعموم الامر بالوفاء بالعقود يتناوله وح فيدخل الاقالة كغيره من عقود المعاوضات واما الاسباب
المقتضية للفسخ فسياتي مفصلة انشاء الله تع قوله ولا تبطل بالبيع لعدم المنافاة فان الاجارة تتعلق بالمنافع والبيع
بالعين والمنافع تابعة لكن ان كان المشتري عالما بالاجارة تعين عليه الصبر الى انقضاء المدة وان كان جاهلا تخير بين
فسخ البيع وامضائه مجانا مسلوب المنفعة الى اخر المدة لان اطلاق العقد وقع على اعتقاد التسليم والانتفاع نظرا
الى الغالب ولو فسخ المستاجر بعد البيع لحدوث عيب ونحوه عادت المنفعة الى البايع لا الى المشتري ولو كان المشتري هو
المستاجر صح البيع وفي انفساخ الاجارة وجهان اجودهما بقاؤها فيجتمع عليه الثمن والاجرة والثاني الانفساخ لان
ملك العين يستدعي ملك المنافع لانها نماء الملك ويضعف بان العين انما يتبع المنافع اذا لم يسبق ملكها بسبب
اخر قوله ولا العذر مهما كان الانتفاع ممكنا اي الانتفاع الذي تضمنه عقد الاجارة بالتعيين او الاطلاق فلا
عبرة بامكان الانتفاع بغير المعين كما لو استاجر الارض لزراعة نوع فغرقت وامكن الانتفاع بها بغيرها فان ذلك
كتلف العين ويعلم منع العذر الانتفاع اعم من بقاء جميع المنفعة المشروطة او بعضها وعدم البطلان حاصل في
التقديرين لكن مع حصول الانتفاع ناقصا يتخير المستاجر بين الفسخ والامساك بتمام الاجرة قوله وهل يبطل بالموت

الشهور بين الاصحاب نعم وقيل لا تبطل بموت الموجر وتبطل بموت المستاجر وقال اخرون لا تبطل بموت احدهما وهو الاشبه القولان الاولان للشيخ رحمه الله والاقوى ما اختاره المصنف رحمه الله وعليه المتاخرون اجمع لان الاجارة من العقود اللازمة ومن شانها ان لا تبطل بالموت ولعموم الامر بالوفاء بالعقود وللاستصحاب نعم يستثنى منه مواضع تبطل فيها الاجارة احدها ما لو شرط على المستاجر استيفاء المنفعة بنفسه فانها تبطل بموته وثانيها ان يكون الموجر موقوفا عليه فيوجر ثم يموت قبل انتهاء المدة فانها تبطل بموته ايضا الا ان يكون ناظرا على الوقف واجر لمصلحة العين بالنسبة الى البطون اولى بالجميع فلا تبطل بموته لكن الصحة ح ليست من حيث انه موقوف عليه بل من حيث انه ناظر وثالثها الموصى له بالمنفعة مدة حياته لو اجرها مدة ومات في اثنائها فانها تبطل ايضا لانتهاء استحقاقه قوله وكل ما صح اعارته صح اجارته اي ما صح اعارته بحسب الاصل لئلا يرد المنحة فانه يصح اعارتها ولا يصح اجارتها لكن حكمها ليس ثابتا بحسب الاصل اي القواعد المعروفة فانها يقتضي ان المستعار ما صح الانتفاع به مع بقاء عينه وهي ليست كذلك فحكمها مخالف للاصل او اراد الكلية بحسب الغالب قوله واجارة المشاع جائزة كالمقسوم اذ لا مانع منه باعتبار عدم القسمة لامكان تسليمه واستيفاء منفعته بموافقة الشريك ولا فرق بين ان يوجره من شريكه وغيره وهو موضع وفاق وخالف فيه بعض العامة فمنع من اجارته لغير الشريك قوله والعين المستاجرة امانة لا يضمنها المستاجر الا بتعد او تفريط لا فرق في ذلك بين مدة الاجارة وبعدها قبل طلب المالك لها وبعده في اثناء الرد بحيث لم يفرط اما كونها امانة في المدة فظ لانها مقبوضة باذن المالك لحق التقابض واما بعده فلانه لا يجب على المستاجر رد العين الى الموجر ولا مؤنة ذلك وانما يجب عليه التخلية بين المالك وبينها كالوديعة لاصالة براءة ذمته من وجوب الرد ولانها امانة قبل انقضاء المدة فيستصحب ولا يجب ردها الا بعد المطالبة والواجب بعدها تمكينه منها كغيرها من الامانات وخالف في ذلك جماعة منهم الشيخ رحمه الله وابن الجنيد لان ما بعد المدة غير ماذون فيه فيضمنها ويجب عليه مؤنة الرد وتردد العلامة في التحرير وجزم في غيره بعدم الضمان وعدم وجوب الرد قوله وفي اشتراط ضمانها من غير ذلك تردد اشهره واظهره المنع اي اشتراط ضمانها بمعنى التلف من غير تعد ولا تفريط في صحة الشرط والعقد تردد من عموم المؤمنين عند شروطهم ومن مخالفته لمقتضى الاجارة فيفسد ثم على تقدير فساده هل يتبعه العقد في الفساد قولان تقدم نظيرهما في مواضع والاقوى بطلانهما معا لفساد الشرط ولعدم الرضا بالعقد الا به قوله وليس في الاجارة خيار المجلس ولو شرط الخيار لاحدهما او لهما جاز سواء كانت معينة اه لان خيار المجلس مختص بالبيع عندنا فلا يثبت فيها مع الاطلاق ولو شرط ففي صحته قولان احدهما نعم اختاره في ط لعموم المؤمنون عند شروطهم ويشكل بانه شرط مجهول لان المجلس يختلف بالزيادة والنقصان وانما يغتفر في البيع لانه ثابت فيه بالنص نعم لو ضبطه بمدة صح الا انه يخرج عن وضع خيار المجلس ويصير خيار الشرط مقيدا بالمجلس ولا شبهة في جوازه لعموم الخبر سواء شرط لهما ام لاحدهما ام لاجنبي وحيث كانت معينة كان يستاجر هذه العين ام كان موردها الذمة كان يستاجره لعمل مطلق غير مقيد بشخص كبناء حائط لعموم الخبر في الجميع ونبه بقوله سواء كانت معينة اه على خلاف بعض العامة حيث جوز خيار الشرط في المطلقة لا المعينة وهو تحكم قوله وكذا المستاجر الا ان يأذن وليه وفيه تردد قد تقدم الكلام في نظير هذه وان الاقوى البطلان مطلقا لان عبارته مسلوبة بالاصل فلا يصححها الاذن ولا الاجازة لرفع القلم عنه وهو يقتضي عدم الاعتداد بعبارته شرعا في حال واذن الولي لا يتمم الناقص كالملك نعم يتوجه في الكامل المحجور عليه بسبب عرضي كالسفه قوله ان يكون الاجرة معلومة بالوزن او بالكيل الى قوله وقيل يكفي المشاهدة

وهو حسن

وهو حسن وجه الحسن انتفاء معظم الغرر بالمشاهدة واصالة الصحة وهو اختيار جماعة منهم الشيخ رحمه الله والمرتضى والاقوى المنع لانها معاوضة لازمة مبنية على المغابنة والمكايسة فلا بد فيها من نفي الغرر عن العوضين وقد ثبت من الشارع اعتبار الكيل والوزن في المكيل والموزون في البيع وعدم الاكتفاء بالمشاهدة وكذا في الاجارة لاتحاد طريق المسالتين ولنهي النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر مطلقا وهو يتناول صورة النزاع ومثله القول في المعدود قوله ويملك الاجرة بنفس العقد لان المعاوضة اذا صحت اقتضت نقل الملك في كل من العوضين الى الاخر والاجارة من العقود اللازمة فيحصل انتقال الملك في العوضين بمجرد العقد كالبيع لكن لا يجب تسليم الاجرة الا بتسليم العين الموجرة او بالعمل ان كانت الاجارة على عمل حتى لو كان المستاجر وصيا لم يجز له التسليم قبله الا مع الاذن صريحا او بشاهد الحال ولعرف توقف العمل على الاجرة كالحج وامتنع المستاجر من التسليم فالظاهر جواز فسخ الاجير قوله ويجب تعجيلها مع الاطلاق ومع اشتراط التعجيل المراد بتعجيلها مع الاطلاق في اول الاوقات وجوب دفعها وهو تمام العمل وتسليم العين الموجرة لان تسليم احد العوضين تسلط على المطالبة بالاخر بمقتضى المعاوضة الموجبة للملك واما مع اشتراط التعجيل فاولى وفائدة الشرط مع الاطلاق يقتضيه بمجرد التاكيد وقد يفيد فائدة اخرى وهو تسلط الموجر على الفسخ لو شرط التعجيل في مدة مضبوطة فاخل به وكذا لو شرطا القبض قبل العمل او قبل تسليم العين الموجرة صح ووجب الوفاء لعموم الخبر قوله ولو شرط التاجيل صح بشرط ان يكون معلوما وكذا لو شرطها في نجوم اذا شرط المستاجر تاجيل الاجرة الى امد بحيث لا يطالب بها وان تسلم العين الموجرة الى ذلك الامد او شرط ذلك على الاجير لعمل وان عمله صح لعموم الخبر لكن يشترط كون الاجل مضبوطا بما لا يحتمل الزيادة والنقصان كغيره من الاجال ولا فرق بين المتحد كشهر والمتعدد بان يجعلها نجوما فيقسطها ويجعل لكل اجل قسطا معلوما منها وكذا لا فرق في ذلك بين الاجارة الواردة على معين شخصي والمطلقة الواردة على الذمة لعدم المانع عندنا خلافا لبعض العامة حيث منع من التاجيل في الثاني قياسا على السلم الذي يجب فيه قبض العوض وفساده واضح وتعليله فاضح قوله واذا وقف الموجر على عيب في الاجرة سابق على القبض كان له الفسخ او المطالبة بالعوض ان كان الاجرة مضمونة وان كانت معينة كان له الرد او الارش انما يجوز الفسخ في المطلقة مع تعذر العوض لان الاطلاق انما يحمل على الصحيح وهو امر كلي لا ينحصر في المدفوع اليه فلا يجوز الفسخ ابتداء نعم لو تعذر توجه الفسخ وله ح الرضا بالمعيب فيطالب بالارش عوض الفائت بالعيب لتعين المدفوع اليه لان يكون عوضا بتعذر غيره واما المعينة فيتخير بظهور عيبه كما ذكر لاقتضاء السليم وتعينه مانع من البدل كالبيع قوله ولا يجوز ان يوجر المسكن ولا الخان ولا الاجير باكثر مما استاجره الا ان يوجر بغير جنس الاجرة او يحدث ما يقابل التفاوت وكذا لو سكن بعض الملك لم يجز ان يوجر الباقي بزيادة عن الاجرة والجنس واحد ويجوز باكثرها هذا قول الاكثر الاصحاب استنادا الى روايات حملها على الكراهة طريق الجمع بينها وبين غيرها وفي بعضها تصريح بها والاقوى الجواز في الجميع واما تعليل المنع بانه الربا كما ذكره بعضهم ففساده واضح قوله ولو استاجره ليحمل له متاعا الى موضع معين باجرة في وقت معين فان قصر عنه نقص من اجرته شيئا جاز ولو شرط سقوط الاجرة ان لم يوصله فيه لم يجز وكان له اجرة المثل هذا قول الاكثر ومستنده روايتان صحيحة وموثقة عن محمد بن مسلم والحلبي عن الباقر عليه السلام ويشكل بعدم تعيين الاجرة لاختلافها على التقديرين كالبيع بثمنين على تقديرين ومن ثم ذهب جماعة الى البطلان ويمكن حمل الاخبار على الجعالة

ومتى حكم بالبطلان ثبت له الاجرة المثل الا ان يشترط اسقاط الجميع فلا شئ مع عدم الاتيان به فى المعين ولو اتى فيه به
فكغيره ويمكن القول بصحة الاجارة على التقدير الثاني ولحوط سقوط الاجرة مع الاخلال بالمعين لا بجملة امر شق
المستاجر عليه لخلوه عن الاجرة بل بيانا لنقيض الحاجة فانها اذا عينت بوقت فاخل الاجير بالفعل فيه بطلت فاذا
فعله فى غيره لم يستحق شيئا فيكون الغرض بذلك بيانا لنقيض الاجارة شرطا لمقتضاه فلا ينافيها وح فيثبت المسمى
ان جاء به فى المعين ولا شئ فى غيره بالاخلال بمقتضاها وهذا مما نبه عليه الشهيد ره فى اللمعة قوله واذا قال
اجرتك كل شهر بكذا صح فى شهر واحد فى الزايد اجرة المثل ان سكن وقيل يبطل لجهل الاجرة والاول اشبه وجه الاشبهية
ان الشهر معلوم وكذا اجرته فلا مانع من الصحة فيه نعم يبطل الزايد لعدم انحصاره فى وجه معين والاجرة تابعة له و
الاقوى البطلان مطلقا للجهالة المقتضية للغرر اذ لا يلزم من مقابلة جزء معلوم من المدة بجزء معلوم من العوض
كون مجموع العوضين معلومين فان العوض هنا المجموع وهو مجهول قوله ولو قال ان خطته فارسيا فلك درهم
وان خطته روميا فلك درهمان صح ولو قال ان عملت هذا العمل فى اليوم فلك درهمان وفى غد درهم فيه تردد وظهر
الجواز وجه الصحة فيهما ان كلا من الفعلين معلوم واجرته معلومة والواقع لا يخرج عنهما والاصالة الجواز ويشكل بمنع
معلوميته اذ ليس المستاجر عليه المجموع ولا كل واحد والا لوجبا فيكون واحدا غير معين وذلك غرر مبطل للاجارة كالبيع
بثمنين نقدا ونسيئة اولى اجلين فالاجود البطلان نعم لو وقع ذلك جعالة صح وفاقا لابن ادريس ره فى الخ بان
الجعالة ايضا يفتقر الى تعيين الجعل وفيه ان مبنى الجعالة على الجهالة فى العمل والجعل كمن رد عبدى فله نصفه
ومن رد عبدى فله كذا ومحله غير معلوم وكذا من رد عبدى من موضع كذا فله كذا ومن موضع كذا فله كذا مع الجهالة فيهما
وفسر الرومي بما كان بدرزين والفارسي بما كان بدرز واحد قوله ويستحق الاجير الاجرة بنفس العمل سواء كان فى ملكه
او ملك المستاجر ومنهم من فرق ولا يتوقف تسليم احدهما على الاخر قد تقدم ان الاجير يملك الاجرة بالعقد فالمراد
باستحقاقها هنا استحقاق المطالبة بها بعد العمل ووجه ما اختاره المصنف من عدم توقف استحقاق المطالبة بها
على تسليم العين مطلقا ان العمل انما هو فى ملك المستاجر او ما يجرى مجراه فيكون ذلك كافيا عن التسليم وان كان
موضع العمل ملكا للاجير ويضعف بان المعاوضة لا يجب على احد المتعاوضين فيها التسليم الا مع تسليم الاخر
فالاجود توقف المطالبة بها على تسليم العين وان كان العمل فى ملك المستاجر وما نقله من الفرق قول ثالث فانه
ان كان فى ملك المستاجر لم يتوقف على تسليمه لانه بيده تبعا للملك ولانه غير مسلم للاجير فى الحقيقة وانما استعانه
به فى شغله كما يستعين بالوكيل وان كان فى ملك الاجير توقف وهو وسط او وجه من اطلاق المصنف ره والا وسط الذى
اخترناه اوجه قوله وكل موضع يبطل فيه عقد الاجارة يجب فيه اجرة المثل مع استيفاء المنفعة او بعضها سواء
زادت على المسمى او نقصت عنه انما كان الثابت مع الفساد اجرة المثل لان مقتضاه رجوع كل عوض الى مالكه
مع استيفاء المنفعة يمتنع ردها فيرجع الى بدلها وهو اجرة مثلها واستثنى الشهيد من ذلك ما لو كان الفساد باشتراط
عدم الاجرة فى العقد او متضمنا له كما لو لم يذكر اجرة فانه ح يقوى عدم وجوب الاجرة لدخول العامل على ذلك وهو
حسن وربما استشكل الحكم فيما لو كانت الاجارة متعلقة بمنفعة عين كدار مثلا فاستوفاها المستاجر بنفسه فان
اشتراط عدم العوض انما كان فى العقد الفاسد الذى لا اثر لما تضمنه من التراضى لحقه وجوب اجرة المثل كما لو باعه
على ان لا ثمن عليه او ما لو كان مورد الاجارة منفعة الاجير فعمل بنفسه مع فسادها فوجه عدم استحقاقه لشئ ظاهر

لانه متبرع بالعمل

لانه متبرع بالعمل وهو المباشر لاتلاف المنفعة ويندفع الاشكال فيها بانه مع اشتراط عدم الاجرة يكون اللفظ الوارد فى ذلك
دالا على اعارة العين المؤجرة فان الاعارة لا يختص بلفظ مخصوص بل ولا على لفظ مطلقا كما تقدم ولا شك ان اشتراط عدم
الاجرة صريح فى الاذن فى الانتفاع من غير عوض باللفظ فضلا من القرينة فلا يترتب عليه ثبوت اجرة ويرد على القسم
الثاني الذى اعترف فيه بعدم ثبوت اجرة وهو ما لو عمل الاجير بنفسه انه قد لا يكون متبرعا كما لو امره المستاجر فان مقتضى
الفساد عدم تاثير ما وقع على اللفظ وح فلا يتحقق التبرع الا مع عمل الاجير من غير سؤال والا فينبغى مع عدم ذكر الاجرة الحكم
بثبوت اجرة المثل كما هو شان الامر لغيره بعمل من غير عقد فان قلت اى فائدة فى تسميته عقدا فاسدا مع ثبوت هذه الاحكام
ولقائمه مقام العارية قلت فساده بالنسبة الى الاجارة بمعنى عدم ترتب احكامها اللازمة لصحيح عقدها كوجوب العمل
على الاجير ونحوه لا مطلق الاثر قوله ويكره ان يستعمل الاجير قبل ان يقاطعه على الاجرة لما روى عن الصادق عليه السلام
من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يستعمل اجيرا حتى يعلمه ما اجره وفى حديث طويل عن الرضا عليه السلام متضمن النهى
عن ذلك وانه ما من احد يعمل لك شيئا بغير مقاطعة ثم زدته لذلك الشئ ثلثة اضعافه على اجرته الاظن انه قد انقصته
انقصه اجرته فاذا قاطعته ثم اعطيته اجرته حمدك على الوفاء فان زدته حبة عرف ذلك ورأى انك قد زدته قوله
وان يضمن الا مع التهمة فيه تفسيرات الاول ان يشهد شاهدان على تفريطه فانه يكره تضمينه للعين اذا لم يكن متهما
الثاني لو لم تقم عليه بينة وتوجه عليه اليمين تكره تحليفه ليضمنه كذلك الثالث لو نكل عن اليمين المذكور وقضينا
بالنكول كره تضمينه كذلك الرابع على تقدير ضمانه وان لم يفرط كما اذا كان صانعا على ما سيأتى يكره تضمينه له
مع عدم التهمة بالتقصير الخامس انه يكره له ان يشترط عليه الضمان بدون التفريط على القول بجواز الشرط
السابع لو اقام المستاجر شاهدا عليه بالتفريط كره له ان يحلف معه ليضمنه مع عدم التهمة الثامن لو لم يقض
بالنكول يكره له ان يحلف ليضمنه كذلك والاربعة الاول سديدة والخامس مبنى على صحة الشرط وقد بينا فساده وفساد
العقد به والاخيران فيهما ان المستاجر لا يمكنه الحلف الا مع العلم بالسبب الذى يوجب الضمان ومع فرضه لا يكره
تضمينه لاختصاص الكراهة بعدم تهمته فكيف مع تيقن ضمانه قوله وللمستاجر ان يوجر الا ان يشترط عليه استيفاء
المنفعة بنفسه هذا من جملة ثمرات ملك المنفعة منفردة وحيث يجوز له الايجار يتوقف تسليم العين على اذن
المالك اذ لا يلزم من استحقاق استيفاء المنفعة والاذن له فى التسليم جواز تسليمها لغيره فلو سلمها بغير اذنه ضمن
كذا ذكر العلامة وجماعة وقوى الشهيد ره الجواز من غير ضمان لان القبض من ضرورات الاجارة للعين وقد حكم
بجوازها والاذن فى الشئ اذن فى لوازمه ورد بمنع كون القبض من لوازمها لامكان استيفاء المنفعة بدونه
والاقوى عدم الضمان لصحيحة على بن جعفر عن اخيه عليهما السلام فى عدم ضمان الدابة المستاجرة الى الغير
غيرها اولى وما ذكره المصنف من منع اجارة غيره اذا شرط عليه الاستيفاء بنفسه ينبغى تقييده بما اذا لم يشترط ٥
المستاجر الاول على الثانى استيفاء المنفعة له بنفسه فان استيفاءه بنفسه على جهة الوكالة اذ لو شرط ذلك لم يقع
فى صحة الاجارة لعدم منافاته لشرط الاستيفاء بنفسه فان استيفاءه بنفسه اعم من استيفائه لنفسه قوله ولو شرط
ذلك فسلم العين المستاجرة الى غيره ضمنها قيد الضمان بتسليم العين لانه لا يضمن بمجرد ايجارها وان شرط عليه
الاستيفاء بنفسه لعدم التعدى اذ يمكن مع ذلك ان يستوفيها بنفسه على الوجه الذى ذكرناه سابقا ونحوه قوله
ولو اجر للغير لمالك تبرعا قيل بطلت وقيل وقف على اجازة المالك وهو حسن الاشارة بذلك الى ما دل عليه الكلام

السابق من العين الصالحة للاجارة والمراد انه لو اجر غير المالك شيئا مما يصح للمالك ايجاره فضولا هل يقع باطلا او يقف على
الاجازة قولان ولا خصوصية لها بالاجارة بل الخلاف واقع فى جميع عقود الفضولى ولكن قد يختص الاجارة عن البيع بنوع
جانب البطلان من حيث ان قصة عروة البارقى مع النبى صلى الله عليه واله فى شراء الشاة دل على جواز بيع الفضولى
وشرائه فقد يقال باختصاص الجواز بمورد النص والاقوى توقفه على الاجازة مطلقا قوله اما بتقدير العمل كخياطة الثوب
المعلوم واما بتقدير المدة كسكنى الدار والعمل على الدابة مدة معينة ليس التخيير فى ذلك كليا بل المراد ان كل منفعة يمكن
ضبطها بالعمل او بالزمان يكفى تقديرها بايهما كان وذلك كاستيجار الادمى والدابة فانه يمكن استيجاره بالزمان كخياطة
شهر ويكون شهرها بالعمل كخياطة الثوب وركوبها الى موضع معين وما لا يمكن ضبطه الا بالزمان كالعقارات والارضاع
فلا بد من تقديره به وضبطه والضابط العلم بالمنفعة على احد الوجهين ومدار العلم على ما فصلناه وجعل فى
التحرير ضابط ما يجوز بهما ما كان له عمل كالحيوان وما يختص بالزمان ما ليس له عمل كالدار والارض وينتقض الاول
باستيجار الادمى للارضاع فانه لا ينضبط الا بالزمان قوله ولو قدر بالمدة والعمل مثل ان يستاجره ليخيط هذا الثوب
فى هذا اليوم قيل يبطل لان استيفاء العمل فى المدة قد لا يتفق وفيه تردد المراد من هذا التعليل ان استيفاء العمل فى المدة
المعينة على وجه التطابق بحيث يتمان معا قد لا يتفق غالبا لان هذا هو الذى علل به القايل بالبطلان لا ما يشعر به
ظاهر تعليل المصنف من كون المدة ظرفا للفعل بحيث يستوفى فيها فان هذا يمكن جعله متفقا اتفاقا غالبا او
معلوما عادة بتكثير المدة وتقرير وجه البطلان على الوجه المشهور ان الجمع بينهما على وجه المطابقة يستلزم الغرر
فانه يمكن انتهاء الزمان قبل انتهاء العمل وبالعكس فان امر بالاكمال فى الاول لزم العمل فى غير المدة المشروطة و
الا كان تاركا للعمل الذى وقع عليه العقد وان امر فى الثانى بالعمل الى ان ينتهى المدة لزم الزيادة على ما وقع عليه
العقد وان لم يعمل كان تاركا للعمل فى المدة المشروطة واختار فى المختلف الصحة محتجا بان الغرض انما يتعلق فى ذلك
غالبا بفراغ العمل ولا ثمرة مهمة فى تطبيقه على الزمان والفراغ امر ممكن لا غرر فيه فعلى هذا ان فرغ قبل اخر
الزمان ملك الاجرة لحصول الغرض وان خرجت المدة قبله فللمستاجر الفسخ فان فسخ قبل عمل شىء فلا شىء او بعد
شىء فاجرة مثل ما عمل وان اختار الامضاء الزم الاكمال خارج المدة وليس له الفسخ والحق ان ما ذكروه انما يتم لو لم يقصد
المطابقة وهو خلاف موضع النزاع فلو قصدها بطل كما قالوه ومع ذلك يشكل لزوم اجرة المثل مع زيادتها على المسمى
فان الاجير عاملا يجعل التوالى فى العمل وسيلة الى الزايد فينبغى ان يكون له اقل الامرين من المسمى ان كان اتم العمل و
ما يخصه منه على تقدير التقسيط ان لم يتم ومن اجرة مثل ذلك العمل والاقوى البطلان الا مع ارادة الظرفية لفير
المستاجر الا باذنه الاجير الخاص هو الذى يستاجر للعمل بنفسه مدة معينة او عملا معينا مع تعيين اول زمانه كعمل شىء
معين اول زمانه اليوم بحيث لا يتوانى فى فعله حتى يفرغ منه ثم ان كان العمل مطلقا اقتضى استيجارا بعطى هذا الاجر
ملك جميع منافعه فى الوقت الذى جرت العادة بالعمل فيه فليس له ان يعمل لغيره فيه عملا الا باذن المستاجر وله
ذلك فيما لم تجر العادة بالعمل فيه كعمل يعمل للمستاجر كالليل اذا لم يؤد الى ضعف فى العمل المستاجر عليه وهل
يجوز عمله فى وقت المعين عملا لا ينافى حق المستاجر كايقاع عقد ونحوه فى حال اشتغاله او تردده فى الطريق بحيث
لا ينافيه وجهان من شهادة الحال بالاذن فى مثل ذلك والنهى عن التصرف فى ملك الغير بغير اذنه ومثله ياتى فى استعمال
عبد الغير بغير اذنه على هذا الوجه وسياتى تحقيقه فى الوكالة واولى بالجواز هنا لو كان العمل معينا فكذلك مع منافاة

العمل معينا فكذلك مع منافاة العمل للغير المعين اما فى نفسه او فى بعض اوصافه ومع عدم المنافاة مطلقا له العمل
كايقاع العقد وتعليمه فى حال الخياطة ونحوها مع احتمال المنع وسمى هذا الاجير خاصا باعتبار انحصار منفعته
المخصوصة فى شخص معين بحيث لا يجوز العمل له لغيره على ذلك الوجه ويقابله المشترك كما سياتى والاطلاق الخصوص
عليه بضرب من المجاز ولو سمى مقيدا كان اولى لانه فى مقابلة المشترك لا فى مقابلة العام والمراد بالمشترك هنا
المطلق كما ستعلمه اذا تقرر ذلك فنقول اذا عمل هذا الاجير لغير المستاجر عملا فى الوقت المنهى عن العمل فيه فلا يخلو اما
ان يكون بعقد اجارة او جعالة او تبرعا وعلى تقدير التبرع اما ان يكون ذلك العمل له اجرة عادة او لا فان كان عمله بعقد تخير المستاجر
بين فسخ عقده لفوات المنافع التى وقع عليها العقد عليه فان كان ذلك قبل ان يعمل الاجير شيئا فلا شىء عليه وان كان بعده
تبعضت الاجارة ولزمه من المسمى بالنسبة ومع عدم فسخ الاجارة او الجعالة الثانية وجهان يلتفتان الى من باع ملك
غيره ثم ملكه فان قلنا بالصحة فلا بحث والا رجع الى اجرة المثل وبين ابقائه ويتخير حينئذ فى فسخ العقد الطارى اذ المنفعة
مملوكة له فالعاقد عليها فضولى فان فسخه رجع بالاجرة المثل عن المدة الفايتة لانها قيمة العمل المستحق له بعقد الاجارة وقد
اتلف عليه ويتخير فى الرجوع بها على الاجير لانه المباشر للاتلاف او المستاجر لانه المستوفى وان اجازه ثبت له المسمى فيه
فان كان قبل قبض الاجير له فالمطالب المستاجر لان الاجير هنا بمنزلة فضولى باع ملك غيره فاجاز المالك فانه لا يطالب
الفضولى بالثمن وان كان بعد القبض فان كانت الاجرة معينة فى العقد فالمطالب بها من هى فى يده وان كان مطلقة
فان اجاز القبض ايضا فالمطالب الاجير والا فالمطالب المستاجر ثم المستاجر يرجع على الاجير بما قبض مع جهله او علمه وبقاء
العين والمطلق العلامة القول بتخيير المستاجر بين مطالبة الاجير والمستاجر فى جميع هذه المواضع وهو غير واضح وان عمل تبرعا
تخير مع عدم الفسخ بين اجازته فياخذ المسمى منه او من الجاعل بتقريب ما تقدم وعدمه فيرجع باجرة المثل وان عمل تبرعا فان
كان العمل مما له اجرة فى العادة تخير مع عدم فسخ عقده بين مطالبته من شاء منهما باجرة المثل لتحقق العدوان فيهما والا فلا
شىء وفى معنى التبرع عمله فلو حاز شيئا من المباحات ونوى تملكه لنفسه ملكه وكان حكم الزمان المصروف فى ذلك ما سلف
قوله ولو كان شرطا كما بدا هو الذى يستاجر للعمل مجردا عن المدة مع تعيين المباشرة او مجردا عنهما فالاول كان يستاجره على
تحصيل الخياطة يوما شاء والثانى كان يستاجره ليخيط له ثوبا بنفسه من غير تعرض الى وقت والثالث كان يستاجره
على تحصيل خياطة ثوب مجردا عن تعيين الزمان وسمى مشتركا لعدم انحصار منفعته فى شخص معين اذ له ان يعمل
لنفسه ولغيره ومدار الاشتراك عليه حقيقة بسبب استحقاقه العمل لغير المستاجر لا ان منفعته مشتركة بالفعل بين
المستاجر وشخص اخر غير الاجير ولو سماه مطلقا كما صنع الشهيد رحمه الله كان اولى لانه فى مقابلة المقيد وهو الخاص وهو مناسب
الثلثة سابر الخاص بقوله اذ الاول مطلق بالنسبة الى المباشر والثانى بالنسبة الى المدة والثالث فيهما معا وحكمه جواز
العمل لغير المستاجر مع عدم مطالبته له بالمبادرة مطلقا ووجوب تحصيل العمل بها بنفسه وبغيره فى الاول والثالث
وبنفسه فى الثانى والفرق بين الاول والثالث وجوب تحصيل العمل فى الاول فى المدة المعينة ان كان معينا وقلنا
بجوازه او مطلقا واعلم ان الشهيد رحمه الله حكم فى بعض تحقيقاته بان الاطلاق فى كل الاجارات يقتضى التعجيل وانه
يجب المبادرة الى ذلك الفعل فان كان مجردا عن المدة خاصة فبنفسه والا تخير بينه وبين غيره وح فيقع التنافى
بينه وبين عمل الاخر فى صورة المباشرة وفرع عليه منع صحة الاجارة الثانية فى صورة التجرد عن المدة مع المباشرة
كما منع فى الاجير الخاص وما تقدم فى الاجارة للحج مؤيد لذلك فانهم حكموا بعدم صحة الاجارة الثانية مع اتحاد زمان الايقاع

نصًّا او حكمًا كما لو الحق فيهما او عين فى احديهما بالنسبة الاول والحق فى الاخرى ولا ريب ان ما ذكر احوط وان كان وجهه غير ظاهر
لعدم دليل يدل على التوقيت وعموم الامر بالايفاء بالعقد ونحوه لا يدل بطلقه على الفور عندهم وعند غيرهم من المحققين
سلمنا لكن الامر بالشئ انما يقتضى النهى عن ضده العام وهو الامر الكلى لا الافراد خاصة سلمنا لكن النهى فى غير العبادة لا
تدل على الفساد عندهم والاستناد الى ما ذكر من الحج بمجرده ويتفرع على ذلك وجوب مبادرة اجير الصوم الى القضاء بحسب
الامكان وعدم جواز اجارته نفسه ثانيا قبل الاتمام واما تخصيص الوجوب بصلوة مخصوصة وايام معينة فهو من البدع
النادرة والتحكمات الفاسدة قوله ويملك المنفعة بنفس العقد كما يملك الاجرة قد تقدم ان الاجرة تملك بالعقد والغرض
هنا بيان كون المنفعة يملك به ايضا ووجهه ما تقدم من ان صحة المعاوضة يقتضى انتقال كل من العوضين الى الآخر
العوض من جانب الاجير والموجر هو المنفعة فيلزم انتقالها الى المستاجر بنفس العقد وان كان انما يستوفيها على
التدريج فان يقتضى ملكه لها كونها حقا من حقوقه فيصح له استيفائها ونقلها الى غيره وغير ذلك من لوازم الحقوق المالية
وان لم يكن عينا ولا معنى للملك الا ذلك فان كونها مملوكة للموجر قبل الاجارة معناه ان له ان يتصرف فيها كتصرفه فى
العين فلما اجرها صار للمستاجر ما كان التصرف فيها كما كان يملكه الموجر وخالف فى ذلك بعض العامة فزعم ان المستاجر لا
يملك المنفعة بالعقد لانها معدومة حينئذ بل يملكها على التدريج شيئا فشيئا بعد وجودها وحدوثها على ملك الموجر
وملك الاجرة تابع لملك المنفعة فلا يملكها الموجر الا تدريجا كذلك وليس بشئ قوله وهل يشترط اتصال مدة الاجارة بالعقد
قيل نعم ولو اطلق بطلت وقيل الاطلاق يقتضى الاتصال وهو اشبه القول بالبطلان مع الاطلاق والتصريح بعدم الاتصال
للشيخ ره والاقوى الجواز مع الاطلاق وان دل العرف على اقتضائه الاتصال والا فلا للجهالة واما القول بان الاطلاق
يقتضى الاتصال مطلقا ففيه انه اعم فلا يدل على الخاص الا بقرينة ونحن نسلم الحكم مع وجودها لا مطلقا قوله
ولو عين شهرا متاخرا عن العقد قيل يبطل والوجه الجواز القول بالبطلان للشيخ ره محتجا بان الاجارة يتحقق بها التسليم
يقتضى استحقاق التسليم بالعقد وهو منتف فى الفرض وبانه لا دليل على الصحة وجوابه بمنع كون مطلق الاجارة
يتحقق بها التسليم بالعقد فانه عين المتنازع ودليل الصحة عموم الادلة الدالة على الامر بالوفاء بالعقد وصحة هذه
المعاملة وايضا فان شرط الاتصال يقتضى عدمه لان كل واحد من الازمنة التى يشتمل عليها مدة الاجارة معقود عليه
وليس متصلا منها بالعقد سوى الجزء الاول ومتى كان اتصال باقى الاجزاء غير شرط فكذا اتصال الجميع قوله واذا اسلم العين
ومضت مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة لزمت الاجرة وفيه تفصيل المراد بالمدة التى يمكن استيفاء المنفعة فيها ما تعين
شرعا للاستيفاء اما بالتعيين او ما فى حكمه كما اذا عينت المنفعة بالعمل فان مدتها هى الزمان الذى تسعها عادة وانما
قيدناها بذلك ليخرج منه ما لو تسلمها قبل المدة المشروطة متاخرة عن العقد فانه لا يستقر بهذا التسليم ولا فرق فى ثبوت
الاجرة المسماة عليه بالتسليم بين كون الاجارة صحيحة وفاسدة لان المنافع اذا كانت مضمونة بالقبض الصحيح فكذا
الفاسد لتبعيته له فى ذلك كما سلف من البيع لكن مع الفساد يلزم اجرة المثل عما فات من المنافع فى يده وفى حكم التسليم ما
لو بذل العين فلم يأخذها حتى انقضت المدة او مضت مدة يمكنه الاستيفاء فيستقر الاجرة لكن هنا لا بد من تقييده
بالصحيحة واما التفصيل الذى اشار اليه المصنف ره فيمكن ان يشير به الى ما ذكره الشيخ ره فى ط من ان الاجرة انما يستقر فى
المعينة لا المطلقة كما يفهم الاول من كلامه صريحا والثانى فحوى ويمكن ان يريد به ان الحكم انما يكون اذا كانت العين
المستاجرة غير حر ولو كانت الاجارة على عمل الحر فسلم نفسه او لم يتسلمه ولكن خلى بينه وبين العمل فى المدة لم يستقر له

منافع الحر لا يدخل تحت اليد بخلاف غيره ويمكن ان يكون اشارة الى الفرق بين المعينة والمتعلقة بالذمة المجردة عن الزمان
فيستقر فى الاول دون الثانى لان جميع الازمنة صالح لها والحق عدم الفرق فى ذلك كله وان الحكم على ما قررناه وبخط شيخنا
الشهيد ره على شرايعه بعد ان ذكر التفصيل الاول قال والاحتمالات ستكثر فى التفصيل من غير استناد الى حجة قوله
اذا استاجر لقلع ضرسه فمضت المدة التى يمكن ايقاع ذلك فيها فلم يقلعه المستاجر استقرت الاجرة اما لو زال الالم قبل
العقد سقطت الاجرة المراد ان الاجير سلم نفسه للعمل وامتنع المستاجر من غير عذر فان الاجرة تستقر بالتمكين المذكور ونبه
بذلك على ان الاجير فى هذا ونظايره بمنزلة العين المبحوث عن تسليمها سابقا وفيه رد على التفصيل بالمعنى الثانى
واعلم ان المستاجر للقلع لا يجب عليه تسليم نفسه بالاستيجار بل له الامتناع منه تشهيا وان استقرت الاجرة وانما سقطت
الاجرة بالبرء لبطلان الاجارة من حيث تعلقها بمنفعة لا يجوز استيفائها شرعا اذ لا يجوز قلع الضرس وفعل على نفسه
لغير ضرورة فلا يصح الاستيجار عليه كما لو استاجر لقلعه ابتداء من غير الم او لقطع يده من غير سبب يوجبه اما لو كانت متاكلة
يخاف من سريان المرض فهى كالضرس انما يعتمد فى ذلك على ظن اهل الخبرة او التجربة قوله ولو استاجر شيئا فتلف قبل
قبضه بطلت الاجارة وكذا لو تلفت عقيب قبضه اما لو انقضى بعض المدة ثم تلف او تجدد فسخ الاجارة صح فيما مضى و
بطل فى الباقى المراد بالتالف العين فى عقد الاجارة لاستيفاء المنفعة منه كما يرشد اليه ظاهر العبارة وبطلان الاجارة
ح واضح لانه احد العوضين فاذا فات قبل قبضه بطل كالبيع والاستيفاء هنا للمنفعة بتمامها قايم مقام القبض فى المبيع كما
ان استيفاء البعض كقبض بعضه ولو كانت الاجارة فى الذمة وتسلم عينا للاستيفاء منها فتلفت فالاجارة باقية و
المراد بتلفها عقيب القبض وقوعه بغير فصل بحيث لم يمض زمان يمكنه استيفاء بعض المنفعة كما يرشد اليه قوله اما لو
انقضى بعض المدة فان المراد منها ما هو اعم من المعينة بخصوصها وما فى حكمها وحيث تبطل فى البعض يسقط المسمى على
جميع المدة ويثبت للماضى ما قابله منها فان كانت متساوية الاجزاء فظ والا نظر الى التقسيط ان تقوم اجرة مثل جميع المدة
ثم تقوم الاجزاء السابقة على التلف وينسب الى المجموع فيؤخذ من المسمى بتلك النسبة ولو تلف بعض العين خاصة فالحكم
فى التالف كما سبق ويتخير فى الباقى بين الفسخ لتبعض الصفقة وامساك الحصة بقسطها من الاجرة ولو لم يتلف شئ لكن
نقصت المنفعة بطروء عيب بان نقص ماء الارض او الرحا او مرض الدابة او مرض الاجير ونحو ذلك ثبت للمستاجر الفسخ
قوله ولا بد من تعيين ما يحمل على الدابة اما بالمشاهدة واما بتقديره بالكيل او الوزن او ما يرفع الجهالة لما كان الضابط
التوصل فى معرفة المجهول الى ما يرفع الجهالة لم يكف مطلق المشاهدة ولا مطلق الاعتبار باحد الامرين بل مع قيود
زايدة اما فى المشاهدة فلا بد معها من امتحانها ثانيه باليد تخمينا لوزنه ان كان فى ظرف لما فى الاعيان من الاختلاف فى الثقل
والخفة مع التفاوت فى الحجم واما فى المعتبر باحد الامرين فلا بد معه من ذكر جنسه للاختلاف الفاحش باختلافه فان القطن
يضر من جهة انتفاخه ويدخل الريح فيه فيزداد ثقله فى الهواء والحديد يجتمع على موضع من الحيوان فربما عقره وتحمل
بعض الاجناس اصعب من بعض والحفظ فى بعضها كالزجاج اصعب فلا بد من ذكر الجنس مع التقدير واعلم انه متى
ذكر قدرا معينا من جنس كالحنطة فظرفه خارج عن التقدير لتخصيصه التقدير بكونه من الجنس فالظرف خارج مدلول
عليه بالالتزام حيث يفتقر اليه ويجرى على اطلاق المعرفة الاكتفاء بالكيل او الوزن من غير اعتبار ذكر الجنس انه لو قدره
بمائة بطل والحق دخل الظرف فيه ويتفرع ما ذكرناه من الاشتراط لا يتوجه الاطلاق ببطلان العقد معه قوله ولا يكفى
ذكر المحمل ولا راكب غير معين لتفتن الاختلاف المحمل بكبر الاخرة كمجلس واحد المحامل وهو ثقلان على البعير يحمل فيهما

المسيلان والعثار واما بالمشاهدة او الوصف مع ذكر الطول والعرض لاختلافه باختلافهما في السهولة والصعوبة وان تفترق به
ولو عهد اتفاق المحل او اتفاق جنس منها كفى ذكر ذلك الجنس وكذا يعتبر معرفة مقدار وطائه وغطائه لاختلافهما واما الراكب فيعتبر
بالمشاهدة او الوزن مع عدمها وفي الاكتفاء فيه بالوصف من نحافة وضخامة وطول وقصر وحركة وبطء ونحوها وجهان اجودهما
ذلك مع افادته الوصف التام الرافع للجهالة قوله وكذا لا يكفي ذكر الالات المحمولة ما لم يعرف قدرها وجنسها المراد بالالات ما
يصحبه معه المستاجر في السفر من نحو السفرة والقربة والاداوة والقدر فانه اذا شرط حملها وجب معرفتها بالمشاهدة
او الوزن او الوصف الرافع للجهالة لاختلافها على وجه يحصل باجمالها الجهالة والغرر ولو لم يشترطها لم يدخل في
الاطلاق الا مع جريان العادة بها بحيث لا يحصل المقصد بدونها فيتوجه بطلان الاجارة لو لم يعرف قدرها الا ان ذلك ينزل منزلة اشتراط
المجهول قوله وكذا لا يكفي اشتراط حمل الزاد ما لم واذا فني فليس له حمل بدله ما لم يشترط انما لم يكن له ابدال الزاد مع فنائه بعينه ح
مع انه قد شرط حمل القدر المعين لان المتبادر من الزاد ما يفنى في الطريق بالاكل فيرجع فيه الى المتعارف والمراد فناؤه بالاكل
المعتاد فلو فني بغير ذلك كضيافة غير معتادة او اكل كذلك او ذهب بسقوط او سرقة فله ابداله على المعتاد المتعارف
ويكون حكم البدل حكم المبدل في ذلك ويعلم من ذلك انه لو شرط حمل قدر زايد على العادة فليس له الا بحكم المعتاد بل له ابداله
لانه كالمحمول المطلق الا ان يريد جعل الجميع زادا توسعة ولو شرط الابدال في الجميع فلا ريب في الصحة عملا بالشرط قوله
ولو استاجر دابة افتقر الى مشاهدتها فان لم تكن مشاهدة فلا بد من ذكر جنسها ووصفها وكذا الذكورة والانوثة
اذا كانت للركوب فيذكر في الوصف الجنس كالابل والنوع كالعراب والذكورة والانوثة فان الانثى اسهل والذكر اقوى
ان استاجر للركوب والا لم يفتقر الى احدهما ويحتمل عدم اعتبار الوصف الاخير مطلقا لان التفاوت بينهما يسير فلم
يكن معتبرا في نظر الشارع ولان احد النوعين ربما اختلفت افراده ازيد مما بين النوعين وكذا يجب ذكر كل وصف يختلف
السير والركوب به سواء اشار الى معين غائب ام جعل متعلقها الذمة غير مقيدة بعين شخصية قوله ويلزم موجر الدابة
كلما يحتاج اليه في امكان الركوب من الرحل والقتب والشد والحزام والزمام الضابط وجوب كل ما جرت العادة
بالتوطية للركوب او الاستعانة به بالنسبة الى نوع الدابة المعينة فيجب السرج لذات السرج والبرذعة لمن يعتاد البرذعة للبس الذي تحت الرحل صح
ونحو ذلك وكذا اللجام والزمام وغيرهما من الالات وكذا يعتبر السائق والقائد مع اقتضاء العادة لهما او لاحدهما وكذا يجب
اعانته على الركوب والنزول اما بنفسه ان كان يمكنه ذلك وهو من اهله او بنوبته الحمل ان كان عاجزا او قادرا ولكن
لا يقتضي العادة له بذلك كالمراة والشيخ الكبير والمريض ولو كان المستاجر قويا يتمكن من فعله ذلك بنفسه لم يجب اعانته
كل ذلك مع اشتراط المستاجر على الاجير المصاحبة او قضاء العادة بها او كانت الاجارة للركوب في الذمة اما لو كانت
مخصوصة بدابة معينة ليذهب بها كيف شاء ولم يقض العادة بذلك فجميع الافعال على الراكب قوله وفي
رفع المحمل وشده تردد اظهره اللزوم هذا هو الاقوى لاقتضاء العادة به ولانه من اسباب التهيئة والحمل والتحميل الواجب
على الموجر فيجب نعم لو شرط خلاف ذلك اتبع شرطه قوله ولو استاجرها للدوران بالدولاب افتقر الى مشاهدته ولو لم يكن الوصف
الرافع للجهالة كفى وكذا يشترط معرفة عمق البئر بالمشاهدة او الوصف ان امكن الضبط به وتقدير العمل بالزمان كاليوم
او بملء بركة معينة بالمشاهدة او المساحة او بسقي البستان وان شوهد الاختلاف بقرب عهده بالماء وعدمه وحرارة
الهواء وبرودته قوله فان كان للحرث جريبا معلوما فلا بد من مشاهدة الارض او وصفها وان كان لعمل مدة كفى
تقدير المدة الكفي المقصد في معرفة الارض بالوصف وهو الظاهر بل ربما كان ابلغ من المشاهدة لان صاحب الارض

قد يطلع من باطنها ما لا يظهر بمشاهدة ظاهرها وفي التذكرة اعتبر المشاهدة ولم يكتف بالوصف محتجا بانها تختلف
فبعضها صلب يتصعب حرثه على البقر ومستعملها وبعضها رخو يسهل وبعضها فيه حجارة يتعلق بها السكة و
مثل هذا الاختلاف انما يعرف بالمشاهدة دون الوصف وفيه ما مر من ان مشاهدة ظاهر الارض لا يفيد ذلك
وانما يظهر بالعمل وهو متوقف على صحة الاجارة ويبعد ان يريد بالمشاهدة معرفة ما يصل اليه العمل بها لما في اعتبار
ذلك من الحرج ولان المراد من ذلك رفع الجهالة العادية لا الضبط الكلي ويمكن التوصل الى ذلك باختبارها بالحفر
في مواضع على وجه يرفع الغرر هذا اذا قدر بالعمل ولو قدر بالمدة لم يعتبر معرفة الارض لكن يعتبر تعيين الدابة التي
يستعمل في الحرث اما بالمشاهدة او الوصف الرافع للجهالة ولو قدر بالارض لم يحتج الى معرفة الدابة وهل يعتبر معرفة
السكة وجهان اجودهما الاكتفاء فيها وفي نزولها في الارض بالعادة قوله فلا بد من تعيين وقت السير ليلا او نهارا
الا ان يكون هناك عادة فيكتفى بها انما وجب تعيين الوصف لاختلاف الناس في ذلك الموجب للجهالة
بسبب اختلافه فيجب التعيين مع عدم العادة المعينة لسلك الطريق ويشكل الحكم فيما اذا اختلف السير ولم يكن
التعيين اليهما كطريق الحج فان يقتضيه تحتم سلوك السير بعدم صحة الاستيجار فيها الا ان يستقر العادة بحضور
في تلك السنة بحسب ما يناسبها عادة من السنين وفي التذكرة منع من الاستيجار في الطريق التي ليس لها منازل
مضبوطة اذا كانت مخوفة لا يمكن ضبطها باختيارها قوله ويصح ان يستاجر اثنان جملا او غيره للعقبة ويرجع في
التناوب الى العادة العقبة بضم العين النوبة وهما يتعاقبان على الراحلة اذا ركب هذا تارة وهذا اخرى فان
كان هناك عادة مضبوطة اما بالزمان او المسافة حمل الاطلاق عليها والا وجب التعيين ولو اتفقا في المنضبط
بالعادة على خلافها وضبطاه صح ويعتبر تعيين مبدأ الركوب ومن يركب منهما واكتفى في التذكرة بالقرعة في
تعيين المبتدي ان لم يعيناه في العقد لان محلها الامر المشكل ويشكل بانه لا اشكال هنا فان عقد المعاوضة لا يبنى
على الجهالة المفضية الى التنازع مع امكان رفعها قوله واذا اكترى دابة فسار عليها زيادة عن العادة او ضربها
كذلك او كبحها باللجام من غير ضرورة ضمن اي اسرع اليها زيادة على عادة امثالها بحسب نوعها ووصفها في
تلك الطريق فان ذلك لا يعد فيضمن به والتقييد في الضرب بالزيادة عن العادة يدل بمفهومه على انه لو ضربها
بما جرت العادة به لم يضمن حملا على المعتاد فان ذلك مما اقتضاه عقد الاجارة وان لم ياذن فيه صريحا خلافا للتذكرة
حيث حكم بالضمان بالضرب مطلقا محتجا بان الاذن مشروط بالسلامة وما اختاره المصنف اوجه والمراد بكبح
الدابة باللجام جذبها به لتقف قال الجوهري كبحت الدابة اذا جذبتها اليك باللجام لكي تقف ولا تجري يقال
اكبحتها واكفحتها وكبحتها هذه وحدها بلا الف عن الاصمعي قوله ولا يصح اجارة العقار الا مع التعيين بالمشاهدة
او موضع معين موصوف بما يرفع الجهالة العقار بالفتح الارض والبيوت والنخل والمراد منها ما يجوز استيجاره منه
فيجب مشاهدة الارض المستاجرة للزرع او الغرس او غيرهما او ما هو اعم او وصفها بما يرفع الجهالة واشترط المصنف
في الموصوف ان يكون عينا شخصية فلا يكفي ايجاب عقار موصوف في الذمة محتجا بلزوم الغرر وفيه نظر فان الوصف
الرافع للجهالة كيف يجامع الغرر والفرق بينه وبين المعين الموصوف غير واضح نعم لو علل بتعذر تحصيل الموصوف
لاختلاف العقارات في الخواص والاوصاف اختلافا كثيرا يتعذر معه الوقوف على ما عينه امكن وموافقته على
هذا التفصيل في التحرير يطابق في القواعد والتذكرة والارشاد الاكتفاء بالوصف قوله ولو استاجر مدة فلا بد

من تعيين الصانع دفعا للغرر الناشئ من تفاوتهم في الصنعة اي اذا استاجره لعمل من الاعمال التي تختلف فيها الصناع بالخفة
والبطؤ كالخياطة والكتابة لم يصح جعله في الذمة بحيث يحصله بمن شاء لما في ذلك من الاختلاف الكثير الموجب للغرر بل لا
بد من تعيين الصانع سواء كان هو الموجر ام غيره ومع امكان تحصيل المنفعة منه للانضباط ح ويفهم من تقييد المنع بالمدة
انه لو وقع الاستيجار على عمل معين كنسخ الكتاب المعين او خياطة الثوب المخصوص صح وان لم يعين الصانع لان الاختلاف
في الخفة والبطؤ الموجب للزيادة في العمل والنقيصة غير قادح لحصول المطلب وهو العمل المعين وهو جيد على الوجه
الذي قيدناه من ان منشأ الاختلاف المانع من جهة الزيادة والنقيصة اما من حيث الظاهر من العبارة ان المانع هو تفاوتهم
في الصنعة الشامل للاختلاف فيها بحسب الجودة والرداءة فلا فرق فيه بين المعين بالعمل والمدة لكن الاول اوفق لتحصيل
الغرض واما ضبط الاوصاف التي يحصل باختلافها الغرر في العمل فلا بد منه في صحة الاجارة كغيره من الامور التي يعتبر ضبطها
مع فيندفع الغرر من هذه الجهة اما التقدير بالعمل المعين في المدة المعينة فلا ينضبط بل لا يصح التعرض اليه كما سبق فلا
بد من تعيين الصانع على وجه يرتفع به هذا النوع من الغرر وهذه المسألة قل من تعرض لها غير المصنف رحمه الله نعم ذكرها
الشافعية في كتبهم وجعلوا في صحة الاطلاق مع تعيين المدة وجهين قوله ولو استاجر لحفر البئر لم يكن بد من تعيين الارض
وتقدير عمقها وسعتها اطلاق التعيين يشمل المشاهدة والوصف الرافع للجهالة وقد سبق مثله في ارض الحرث وفي التذكرة
والقواعد اعتبر هنا المشاهدة خاصة وفي الارشاد عكس فاعتبر المشاهدة خاصة في ارض الحرث واكتفى هنا باطلاق التعيين
كما اطلق المصنف رحمه الله ويمكن ان يريد بالتعيين المشاهدة لانها ادخل في تحققه الا ان المشاهدة لما كان المراد منها الاطلاع
على ظ الارض دون باطنها اذ لا يمكن معرفة الباطن الا بالعمل فاما لم يكن المشاهدة اضبط من الوصف بل ربما كان
الوصف اضبط منها لامكان اطلاع المستاجر على الباطن بكثرة الممارسة هذا وانما يعتبر تعيين النزول والسعة مع
تقدير العمل بتعيين المحفور اما لو قدره بالمدة لم يفتقر الى ذلك مع احتماله لاختلاف العمل بذلك سهولة وصعوبة قوله
ولو حفر فانهارت او بعضها لم يلزم الاجير ازالته وكان ذلك الى المالك اي انهدمت من جميع جوانبها او بعضها وعدم
ازالته ظ لامتثال الاجير ما يجب عليه وعدم تضمن عقد الاجارة لذلك وضمير ازالته يعود الى التراب الساقط
المدلول عليه بالانهيار ولو وقع من التراب المرفوع شيء وجب على الاجير ازالته لاستناده الى تقصيره في الرفع اذ
يجب نقله عن المحفور بحيث لا يرجع اليه والمرجع في قدر البعد الى العرف قوله ولو حفر بعض ما قوطع عليه
ثم تعذر حفر الباقي اما لصعوبة الارض او مرض الاجير او غير ذلك قوم حفره وما حفر منها ويرجع عليه بنسبته
من الاجرة وفي المسألة قول اخر مستند الى رواية مهجورة ضمير عليه يعود الى الاجير والراجع هو المستاجر هذا
هو الظاهر من سياق العبارة وح فضمير بنسبته يرجع الى التفاوت المستفاد من نسبة المحفور الى ما قوطع عليه
اجمع لان ذلك هو الذي يرجع المستاجر بنسبته لانه المتخلف من العمل وهذا مبني على انه دفع الاجرة او ان المراد بالرجوع
عود ذلك القدر الى ملك المستاجر بعد ان كان قد ملكه الاجير بالعقد كما سبق ويمكن ان يكون يرجع مبنيا للمعلوم وفاعله
ضمير عايد الى الاجير المذكور مرارا وضمير عليه عايد على المستاجر المدلول عليه بالمقام وضمير بنسبته راجع الى المذكور
سابقا وهو ما حفر منها والامر متقارب من جهة التركيب اللفظي لان في كل واحد تقديرين من يعود اليه الضمير من
دون ان يكون ملفوظا والمراد من الاجرة اجرة المثل لا نفاهي المسمى في النسبة والمرجوع به هو جزء من المسمى بتلك النسبة
ويحتمل ان يريد بالاجرة المسمى والجار يتعلق بيرجع والتقدير انه يرجع من المسمى بنسبته ما حفر او ما بقي الى اجرة مثل

المجموع

المجموع بان يقوم جميع العمل المستاجر عليه والحاصل ان الاجير المذكور اذا حفر بعض ما استوجر عليه وتعذر عليه الاكمال فله
من المسمى بنسبة ما عمل الى المجموع وطريق معرفته ان ينسب اجرة مثل المجموع بان يقوم ما عمل منفردا وينسب الى المجموع فيستحق
الاجير من المسمى بتلك النسبة ويرجع المستاجر بالباقي ولو فرض تساوي اجرة الاجزاء فله من الاجرة على قدر ما عمل فلو
استاجره على حفر بئر عشرة اذرع طولا وعرضا وعمقا فحفر خمسا في الابعاد الثلثة وهو ثمن القدر المشروط فمع التساوي
له ثمن الاجرة ومع الاختلاف بالحساب وانما كان ذلك ثمنا لان مضروب العشرة في الابعاد الثلثة الف ومضروب الخمسة
في الابعاد الثلثة كذلك مائة وخمسة وعشرون وهو ثمن الالف وطريق معرفته بالاعتبار انه لم يحفر من النصف الاول
شيئا ولا من نصف النصف الاعلى ولا من نصف نصفه وذلك سبعة اثمان وعلى هذا الحساب قياس البواقي من الفروض
والقول الاخر الذي اشار اليه المصنف رحمه الله للشيخ في يه مستند الى رواية ابي شعيب المحاملي عن الرفاعي قال سألت ابا عبد الله
ع عن رجل قبل رجلا يحفر له بئرا عشر قامات بعشرة دراهم فحفر له قامة ثم عجز قال تقسم عشرة على خمسة وخمسين جزءا فما اصاب
واحدا فهو للقامة الاولى والاثنين للاثنين والثلث للثالث وهكذا الى العاشر وفي ذلك استيفاء الخمسة والخمسين و
لكن في بلوغ العدد هذا المقدار طريقان احدهما ان يزاد اقل الاعداد على اكثرها ويضرب نصف المجتمع منهما في الاكثر
ففي المثال يجمع واحد اقل الاعداد مع عشرة ويضرب نصف المجتمع وهو خمسة ونصف في الاكثر وهو عشرة يبلغ خمسة
وخمسين والثاني ان تضرب العدد الاكثر وهو العشرة عدد القامات في نفسه فما بلغ زدت عليه جذره وهو عشرة ونصفته
ففي المسألة مضروب العشرة في نفسها مائة وجذر ذلك عشرة واذا نصفتها كانت خمسة وخمسين وذلك مجموع الاعداد المتوالية
عليها وهذه الرواية محمولة على ما اذا تناسب القامات على هذا الوجه بحيث يكون نسبة القامة الاولى الى الثانية
انها بقدر نصفها في المشقة والاجرة وهكذا وهو مع ذلك حكم في واقعة معينة فلا يتعدى مع ان الشيخ رحمه الله لم يذكرها في
يه على جهة الفتوى وانما نقلها بلفظ الرواية وفي ط ذكر الحكم كما اختاره المصنف رحمه الله والجماعة وقال قد روى اصحابنا في
مثل هذا ما قدمنا ذكرناه في النهاية فلا يتعين لذلك قولا ويجب تقدير العمل بحيث لا يتعدى لما ذكرناه ولو قيل بانه
وكان المستاجر عليه خمسة قسمت على خمسة عشر والاربعة على عشرة وهكذا عملا بما ذكرناه من الضابط وكذا في طرف
الزيادة قوله ويجوز استيجار المرأة للرضاع مدة معينة باذن الزوج فان لم يأذن فيه تردد والجواز اشبه اذا لم يمنع
الرضاع حقه يجوز للزوجة اجارة نفسها للارضاع وغيره مع اذن الزوج مطلقا عندنا لانها حرة مالكة لمنافعها فجاز
لها صرفها الى غيرها بعوض وغيره ولو لم يأذن الزوج فان منع شيئا من حقوقه توقف على اجازته قطعا للمنافاة وان
لم يمنع ففي الصحة قولان احدهما وهو الذي اختاره المصنف رحمه الله الصحة لاصالتها ولعموم الامر بالوفاء بالعقد ولما ذكرناه
من التعليل فانها مالكة للمنافع التي لا تتعلق للزوج بها فلها نقلها الى الغير ومتى منع شيئا من حقوقه فله الفسخ لانه
يقع بالملك للعلامة في القواعد حيث حكم ببطلانه ح والقول الاخر للشيخ رحمه الله وجماعة المنع من دون اذنه مطلقا
محتجا بانه لا دليل على الصحة وقد عرفته وربما احتج عليه بان الزوج مالك لمنافعها بالعقد فلا يجوز لها نقلها الى غيره
وهو ضعيف لانه انما يملك منافع الاستمتاع لا مطلقا ولو فرض تقدم الاستيجار على النكاح فلا اعتراض للزوج قطعا
لسبق حق المستاجر وله الاستمتاع بها فيما فضل عن وقت الارضاع وليس لولي الطفل منع الزوج من الوطي مع عدم
تضرر الولد به ومعه له المنع لسبق حقه وكذا القول فيما لو اجر امته للارضاع ثم زوجها وكل موضع يمنع الزوج فيه
من الوطي لحق الارضاع يسقط فيه النفقة عنه في تلك المدة لعدم التمكين التام قوله ولا بد من مشاهدة الصبي لاختلاف

الاولاد في هذه المنفعة كبيرًا وصغيرًا وتهمة وغيرها والوصف لا يفي بضبطه وفي حكم الصبي والصبية وتخصيصه لجهة
طبيعية قوله وهل يشترط ذكر الموضع الذي ترضعه فيه قال نعم وفيه تردد وجه الاشتراط اختلاف محال الارضاع
في السهولة والصعوبة والنفع فان بيت المرضعة اسهل عليها وبيت الولي اوثق له ومن اصالة عدم الاشتراط وي
كذا القول في كل موضع يختلف فيه الفعل واعلم ان حكم الاستيجار للارضاع ثابت على خلاف الاصل لان متعلق الاجارة
الاعيان ليستوفي منها المنافع والركن الاعظم في الرضاعة اللبن وهو عين فالغرض بالارضاع فيكون المعاوضة عليه
بالاجارة خارجة عن موضوعها ومثلها الاستيجار للصبغ والبئر للاستقاء منه ومن ثم ذهب بعضهم الى ان المنفعة
المتعلقة هنا التي هي متعلق الاجارة المرضعة سر حنث حملها الولد ووضعه في حجرها ووضع الثدي في فيه ونحو ذلك
من الاعمال الصادرة عنها لا نفس اللبن ويضعف بان المقصود بالذات هو اللبن وهذه الامور كلها تابعة او مقدمة
والاجود ان المقصود مجموع ما ذكر من المنافع مع عين اللبن ويجوز ذلك مع ان يتفق متعلقها عن ذاهبه للنص وقوله
تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وفعل النبي صلى الله عليه وآله ومن بعده من الائمة عليهم السلام ويمكن ان يقال على
تقدير كون المراد المجموع ان اللبن يكون تابعا لكثرة قيمة غيره من المنافع وقلة قيمة اللبن وان كان اللبن مقصودا من حيث
انه ويثبت للتابع من الحكم المخالف ما لا يثبت للمتبوع ومثله القول في الصبغ قوله ولو مات الصبي او المرضعة بطل
العقد ولو مات ابوه هل يبطل يبني على القولين اما موت الصبي فلا اشكال في بطلان الاجارة به لفوات ما تعلق
العقد باستيفائه المنفعة واما موت المرضعة فقد اطلق المصنف البطلان به ووجهه فوات المنفعة بهلاك محلها
فتبطل الاجارة كما لو ماتت الدابة المستأجرة وهذا يتم مع كونها معينة للارضاع بنفسها كما هو الظاهر من القطع
بالحكم فلو كانت مضمونة في ذمتها فالاقوى عدم البطلان كغيرها من الاجارات المتعلقة بالذمة لان الارضاع
حينئذ في ذمتها بمنزلة الدين فينتقل الى مالكها اذا فاتت ذمتها فيخرج اجرة المثل لما بقي من المدة من اصل تركتها لانها
قيمة الواجب في الذمة ويدفع الى وليه ويحتمل وجوب استيجار وليها عليه من تركتها لان الواجب في ذمتها هو
الارضاع ولم يتعذر والا لانفسخت الاجارة واما موت ابيه فيبني على القولين في ان موت المستأجر هل يبطل به
الاجارة ام لا وقد تقدم ان الاقوى العدم نعم لو كان الولد معسرا واستأجر الاب عليه بمال في ذمته او في ذمة الابن و
لم يخلف تركة توجه جواز فسخها لا انها تبطل بذلك وفي قول المصنف يبني على القولين اشارة لطيفة الى الرد
على ابن ادريس حيث حكم في مسألة اصل المتن اجرين انها لا تبطل وحكم هنا انها تبطل بموت ابي المرتضع محتجا بالاجماع
على ان موت المستأجر يبطلها والحال ان المسألة واحدة وفيها القولان فنصلها كما ذكره وتحكم ادننا قف قوله ولو
استأجر شيئا مدة معينة لم يجب تقسيط الاجرة على اجزائها سواء كانت قصيرة ام متطاولة هذه المسألة لا يختص
بنوع من الاجارة بل هي متعلقة بنفسها آتية في جميع موارده ولا خلاف عندنا في حكمها وانما نبه به على خلاف
بعض العامة حيث اوجب تقسيط الاجرة في متن العقد على اجزاء المدة ان كانت سنتين فصاعدا حذرا من الاحتياج
الى تقسيط الاجرة على المدة على تقدير لحوق الانفساخ بتلف العين وغيره وذلك مما يتوقع ويبطله الاجماع
على عدم وجوب التقسيط في السنة الواحدة فما بعده مع ورود ما ذكروه فيه والى رده اشار المصنف بقوله سواء
كانت قصيرة او طويلة لان موضع النزاع الطويلة على الوجه المذكور ولعلم انه متى قسط الاجرة على اجزاء المدة جاز
سواء تفاوتت في التقسيط ام اتفقت فلو تلفت العين في اثناء المدة كانت اجرة ما مضى بحسب ما شرط ولو كان

التلف

التلف في اثناء جزء منها بعد مضي اجزاء ثبت ما سمي لتلك الاجزاء وقسط المسمى لذلك الجزء على اجزائه ولو لم يقسط في
متن العقد قسط المسمى على جميع المدة ورجع بحصته قوله ويجوز استيجار الارض لتعمل مسجدا لان ذلك عرض مقصود
راجح وفضلاء عن اباحته متقوم فتصح الاجارة له نعم لا يثبت لها حرمة المسجد بذلك لان شرطه ان يكون موقوفا والوقف
شرطه التأبيد والاجارة تنافيها التأبيد فاذا تنافيا في الحكم تنافيا في الخاصة وهي من جملة الاحكام واطلاق المسجد
على الارض المذكورة بسبب اعدادها للصلاة اما بحسب المجاز لهذه المناسبة او يجعل المسجد مشتركا بين ماله حرمة وغيره
كمسجد يتخذه الانسان في بيته لصلوته وصلوة اهله وقد تقدم في بابه قوله ويجوز استيجار الدراهم والدنانير ان تحققت
لها منفعة حكمية مع بقاء عينها لما كان شرط العين المؤجرة امكان الانتفاع بها مع بقاء عينها وكان الغرض الذاتي من
هذين النقدين لا يتم الا بذهابهما وربما فرض لهما منافع اخر مع بقاء عينها بان يتزين بهما ويتجمل ويدفع من نفسه ظاهر الفقر
والفاقة فان دفع ذلك غرض مطلوب شرعا حتى كان الائمة عليهم السلام يقرضون اموالا ويظهرونها للناس ويعدونها للاعمال
الصدقة ليظهر انها زكوة اموالهم ليظهر بذلك غناهم ومن جملة الاغراض المقصودة بها ايضا نثرها في الاعراس ونحوها
ثم جمعها والضرب على سكتها ونحو ذلك فكان القول بجواز اجارتها قويا وربما انتم كلام المصنف بتردد في ان هذه المنافع هل
يعتد بها ويتقوم بالمال على وجه يجوز الاجارة ام لا لتعليقه الجواز على شرط تحقق المنفعة مع انها مشهورة وما ذاك الا
للشك في الاكتفاء بها وقد صرح العلامة بالاشكال في بعض كتبه وجزم بالجواز في بعضها واحتج للمنع الذي هو احد شقي
الاشكال بانتفاء قصد هذه المنافع شرعا ولهذا لا يضمن منفعتها بالغصب وفيه نظر لان ضمانها بالغصب فرع
تقويمها وهو موضع النزاع فلا يجعل دليلا فيه فان من جوز اجارتها فقد جعل الاجرة في مقابلة هذه المنافع وهي
متقومة بالمال فيضمن بالغصب وحيث جاز استيجارها اشترط تعيين جهة الانتفاع كغيرها من الاعيان لان المعتبر
ملاحظة العين للمنفعة المقصودة لا انكارها في العقد وكذا يجوز استيجار الشمع للتزين به لا للضوء والتفاح للشم
والاشجار للاستظلال وان لم يعين المنفعة المقصودة والضابط جواز استيجار العين المشتملة على منفعة يحسن مقابلتها
بمال قوله لو استأجر لحمل عشرة اقفزة من صبرة فاعتبرها فحملها فكانت اكثر فان كان المعتبر هو المستأجر لزمه اجرة
المثل عن الزيادة وضمن الدابة ان تلفت لتحقق العدوان وان اعتبرها المؤجر لم يضمن المستأجر وكان المعتبر اجنبيا لزمه
الاجرة اذا شرط في عقد الاجارة حمل الدابة قدرا معينا فان حمل ازيد فلا يخلو اما ان يكون المتولي للكيل هو المؤجر او المستأجر
او اجنبي ثم اما ان يكون الحمل على الدابة المؤجر او المستأجر او اجنبي وعلى التقادير التسعة اما ان يكون الزيادة في الكيل وقعت
عمدا او غلطا وعلى التقادير الثمانية عشر اما ان يكون الحامل عالما بالزيادة او جاهلا ثم اما ان يكون الزيادة مما يقع التفاوت
فيها بين المكائيل او ازيد من ذلك فالصور اثنتان وسبعون صورة واما حكمها فنقول ان كانت الزيادة مما يتفاوت فيها
المكائيل فلا عبرة بها ولا توجب ضمانا وان كانت اكثر فان كان المستأجر هو الذي كال الطعام وحمله بنفسه ضمن الدابة
لتعديه ولزمه عن المشروط اجرة المثل وان لم يكن حمله بل سلمه الى المؤجر حتى حمله هو فان كان جاهلا بالحال فان
لبس عليه المستأجر انه غير زايد فظهر كذبه فكالاول ومثله ما لو امر اجنبيا بالتحميل ولو لم يلبس عليه بل سكت
ولم يخبره بشيء فتحمل المؤجر حملها جاهلا ففي ضمان المستأجر وكونه غارا بذلك نظر ويمكن القول بالضمان لان اعداد
الحمل وتسليمه بمنزلة الامر بالحمل كما في تقديم طعام الغير اليه للاكل فيأكله فلو كان المستأجر مع كيله رابعا قد ذهب في بعض
اغراضه بغير قصد فحمله المؤجر في غيبته فلا شيء على المستأجر لعدم التغرير ولا مكان كون غرضه التكلم معه على الزيادة بحجمها

على وجه من الوجوه ولو كان الموجب عالما بالزيادة فان لم المستأجر شيئا وباشر المؤجر التحميل فلا شيء على المستأجر ولا فرق
بين ان يضعه المستأجر على الارض فيحمله المؤجر على الدابة وبين ان يضعه على ظهرها فيسيرها المؤجر وان اثم المستأجر
في الثاني مع احتمال الفرق ولو قال المستأجر احمل هذه الزيادة فاجابه لزمه الاجرة لها ولو كان المتولي للكيل هو المؤجر و
حمله على الدابة فلا اجرة له عن الزيادة سواء كان المستأجر عالما بها ام لا لان سكوته مع علمه ليس باذنه وللمستأجر هنا مطالبة
المؤجر برد الزيادة الى الموضع المنقول منه وليس للمؤجر ردها بدون اذنه ولو لم يعلم المستأجر حتى اعادها المؤجر الى البلد
المنقول منه فله ان يطالبه بردها الى المنقول اليه ولو كان المتولي للحمل هو المستأجر فان كان عالما بالزيادة فهو كما
لو كال بنفسه وحمل لانه لما علم بها كان عليه ان لا يحملها الا باذنه وان كان جاهلا فان امره المؤجر بالحمل فلا ضمان عليه
على المؤجر رد الزيادة للغرور وان لم يأمره ففي كون المستأجر مغرورا بفعل المؤجر التردد السابق وقوى في التذكرة عدم
الضمان وعدم الاجرة ولو كان المتولي للحمل اجنبيا غير المؤجر والمستأجر فان كان باذن من فعل الزيادة فلا ضمان على
فاعلها مع جهل الاجنبي لا مع علمه وكذا لو كان بامر الآخر ان كان مجرد التهمة غرها وان كان المتولي للكيل اجنبيا وحمل
على الدابة بغير اذنه ولم يعلما فهو متعد عليهما فيضمن الدابة واجرة الزيادة وعليه ردها الى الموضع المنقول منه ان لم
يرض المالك ولو تولى الحمل بعد كيل الاجنبي احد المتعاقدين فان كان عالما فهو كما لو كال بنفسه وان كان جاهلا لم يتعلق
به حكم اذا تقرر ذلك فنقول على تقدير ضمان المستأجر الدابة ما الذي يضمن منها يحتمل النصف لان تلفها مستند الى
فعلين احدهما مأذون فيه وهو غير مضمون والآخر غيره ولا ينظر الى التفاوت كالموضع نفسه جراحات وجرحه غيره جراحة
واحدة فسرى الجميع فانه يجب نصف الدية على فعل الجراحة الواحدة ويحتمل التوزيع على الاصل والزيادة فيضمن
بقسط الزيادة لان التلف مستند الى الجملة فلا ترجيح ولاستلزام الاول مساواة الزايد للناقص وهو محال والتوزيع
على المحمول ممكن بخلاف الجراحات ويحتمل ضمان جميع القيمة لانه متعد فيضمن كما لو انفرد باليد وظ حكم المص ره و
تعليله اختياره وهذا هو الاقوى فهذه جملة احكام اقسام المسألة وقد ظهر منها ما فات العبارة قوله فلو آجر
مسكنا ليحرز فيه خمرا او دكانا ليبيع به فيه آلة محرمة او اجيرا ليحمل له مسكرا لم تنعقد الاجارة وربما قيل بالتحريم وتنعقد
الاجارة وربما قيل بالتحريم وانعقاد الاجارة لامكان الانتفاع في غير المحرم والاول لان ذلك لم يتناوله العقد المراد
بالخمر هنا المحرمة وهي المتخذة للشرب فلو كان الاتخاذ للتخليل او طرا قصده قبل الاجارة صحت ومثل ايجارها لذلك
لانه معاونة على الاثم والعدوان وقد روى الشيخ ره في الصحيح باسناده الى الصادق ع عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر
قال حرام اجره ولا ينافي حمله على العالم بذلك وروى ايضا عنه في مكاتبة ابن اذينة له يسأله عن الرجل يؤاجر سفينة
ودابة ممن يحمل فيها او عليها الخمر فقال لا بأس وجمع الشيخ ره بينهما بكون النهي في الاول متوجها الى من يعلم والثاني الى
من لا يعلم والحق انه لو لم يكن للثاني معارض الا الخبر لكانت الآية مخصصة له بغير العالم مع انه مكاتبة تقصر عن دلالة
الاول ان تساويا سندا واما القول المحكي فتعليله تدل عليه لان المفروض ايجاره لهذه المنفعة فلا يجدي التعدي لصحة
الاجارة قوله وهل يجوز استيجار الحائط المزوق للتنزه قيل نعم وفيه تردد القول بالجواز لابن ادريس محتجا بانه يشتمل
على منفعة مقصودة كتعلم الصنعة المحكمة منه كما يجوز استيجار كتاب فيه خط جيد للتعلم منه لان فيه غرضا صحيحا
ومنعه الشيخ ره وجماعة لان ذلك يمكن استفادته بدون اذن المالك كما يجوز الاستظلال بحائط بدونه وبهذا يفرق بينه
وبين الكتاب وهذا الوجه انما يتم لو كان الحائط ظاهرا للمستأجر لا يكون عليه فيه المقام فلو كان داخلا في ملك المؤجر

[illegible]

لم يملك التوكيل

لم يكن كذلك لم يرجع بما اغترمه لانه ح غاصب محض فلا يرجع بشيء بعض منه للمالك مطلقا قوله وقيل لا يرجع بالثمن مع العلم
بالغصب هذا هو المشهور بين الاصحاب مطلقين الحكم فيه الشامل لكون الثمن باقيا وتالفا ووجهوه بكون المشتري قد
دفعه اليه وسلطه عليه مع علمه بعدم استحقاقه له فيكون بمنزلة الاباحة وهذا يتم مع تلفه اما مع بقائه فلا لانه ماله
وهو مسلط عليه بمقتضى الخبر ولم يحصل منه ما يوجب نقله عن ملكه لانه انما دفعه عوضا عن شيء لا يسلم له لا مجانا فمع تلفه
يكون اذنا فيه اما مع بقائه فله اخذه لعموم النصوص الدالة على ذلك بل يحتمل الرجوع بالثمن مطلقا وهو الذي اختاره المص
ره في بعض تحقيقاته لتحريم تصرف البايع فيه حيث انه اكل مال بالباطل فيكون مضمونا عليه ولولا ادعاء العلامة في
التذكرة الاجماع على عدم الرجوع مع التلف لكان في غاية القوة وحيث لا اجماع عليه مع بقاء العين فليكن القول به متعينا
فان قيل كيف يجامع تحريم تصرف البايع في الثمن عدم رجوع المشتري به في حال فانه ح لا محالة غاصب اكل للمال بالباطل؟
قالا لانم اما جواز تصرفه او جواز الرجوع عليه مطلقا قلنا هذا الالزام في محله ومن ثم قلنا ان القول بالرجوع مطلقا
متجه لكن لما اجمعوا على عدمه مع التلف كان هو الحجة وح نقول ان تحقق الاجماع فالامر واضح والا فمن الجائز ان يكون
عدم جواز المشتري العالم عقوبة له حيث دفع ماله معاوضا به على محرم وعلى هذا يكون البايع مخاطبا برده او رد
عوضه مع التلف فان بذله اخذه المشتري وان امتنع منه بقي للمشتري في ذمته وان لم يجز له مطالبته به ونظير ذلك
ما لو حلف المنكر على عدم استحقاق المال في ذمته فانه لا يجوز للمدعي مطالبته ولا مقاصته وان كان الحق مستقرا
في ذمة المنكر في نفس الامر وذلك لا يمنع من تكليفه برده وعقوبته عليه لو لم يرده ولا فرق في هذا الحكم بين كون
البايع غاصبا صرفا مع علم المشتري به او فضوليا ولم يجز المالك كما هو مقتضى الغرض قوله وكان فيما لا يملك موقوفا على
البيع المضمر في كان اي كان البيع فيما لا يملك موقوفا على اجازة المالك ولا بد كون البيع الواحد لازما موقوفا باعتبارين حيث
يشتمل على شيئين مختلفين في الحكم قوله ويقسط الثمن بان يقوما جميعا ثم يقوم احدهما منفردا ويرجع على البايع بحصته
من الثمن المراد انه يقوم احدهما منفردا ثم ينسب الى المجموع ويؤخذ له من الثمن بتلك النسبة الا انه يقسط من الثمن بقدر
ما يقوم به كما يشعر به اطلاق العبارة لان القيمة المذكورة قد تستوعب مجموع الثمن او تزيد عليه مثال ذلك ان يقوما معا فاذا
قيل قيمتهما عشرون ثم يقوم احدهما المستحق او غيره اذ لا تفاوت هنا لتحقق العلم بقيمة المردود فاذا قيل قيمة احدهما عشرة
نسبتها الى المجموع النصف فيرجع بنصف الثمن كائنا ما كان وهكذا فلو فرض كون مجموع الثمن عشرة كان الرجوع في
المثال بخمسة وهي احدها الى المجموع فلولا اعتبار النسبة لزم اخذ الثمن والمثمن الباقي بغير عوض وانما يعتبر قيمتهما
مجتمعين اذا لم يكن لاجتماعهما مدخل في زيادة قيمة كل واحد منفردا كعبدين وثوبين مثلا اما لو استلزم اجتماعهما
زيادة القيمة كمصراعي باب وكانا لواحد لمالك فانهما لا يقومان مجتمعين اذ لا يستحق مالك كل واحد حصته الا منفردة فلا يستحق
ما يزيد باجتماعهما وطريق تقويمهما على هذا ان يقوم كل منهما منفردا وينسب قيمة احدهما الى المجموع وهذا الحكم كله في مثال
المص واضح لانه فرضه في بيع ما يملكه البايع وما لا يملكه في عقد فلو فرض كونهما لمالك واحد كما لو باع الفضولي المصراعين
معا فاجازه مالكهما في احدهما دون الآخر ففي تقويمهما مجتمعين كالغاصب او منفردين كما لو كانا لمالكين نظر قوله ولو
اراد المشتري رد الجميع كان له ذلك لتبعض الصفقة عليه وهذا يتم مع جهله بكون احدهما ملكا لغير البايع اما مع علمه فلا
خيار له وكذا القول في كل موضع يثبت فيه الخيار لتبعض الصفقة فانه مقيد بجهل ذي الخيار بالحال قبل البيع فان
قيل كيف يصح البيع في البعض مع ان التراضي انما وقع على المجموع وبدونه يمتنع صحة العقد قلنا العقد في نفسه صحيح؟

بملكه غير لازم فاذا اطلع على الصحة بطلان البيع فى البعض بسبب عدم الاجازة بقى الباقى محكوما بصحته اذ لا دليل على بطلانه بعد الحكم بالصحة غاية ما فى الباب جبره بالخيار مع جهله ولو كان عالما فلا اشكال فى صحة ذلك البعض لتقدمه على ذلك

قوله وكذا لو باع ما يملكه وما لا يملكه المسلم الخ طريق تقويم ذلك ان يقوم الحر لو كان عبدا بالوصف الذى هو عليه من كبر وصغر وبياض وسواد وغيرها واما الخمر والخنزير فيرجع فيهما الى قيمتهما عند مستحليها لا يعنى قبول قولهم فى القيمة لا نشترط عدالة المقوم بل يمكن فرضه فى تقويم عدلين قد اسلما عن كفر يستحل استحلالهما او مطلعين على قيمتهما عندهم لكثرة المخالطة لهم وعدم احتشامهم منهما ولو قيل بقبول اخبار جماعة منهم كثيرة يؤمن اجتماعهم على الكذب ويحصل بقولهم الظن الغالب المقارب للعلم امكن وفى المسألة اشكال من وجهين احدهما ان المشترى لهذين الشيئين ان كان جاهلا بالاملاك توجه ما ذكر لقصده الى شرائهما فاذا لم يتم له الامران وزع الثمن اما اذا كان عالما بفساد البيع فى ما لا يملك اشكل صحة البيع مع جهله بما يوجب التقسيط لافضائه الى الجهل بثمن المبيع حال البيع لانه فى قوة بعتك العبد بما يخصه من الالف اذا وزعت عليه وعلى شيء اخر وهو باطل وقد نبه على ذلك العلامة فى التذكرة وقال ان البطلان ليس ببعيد من الصواب والثانى ان هذا الحكم اعنى التوزيع انما يتم ايضا قبل اقباض المشترى الثمن او بعده مع جهله بالفساد اما مع علمه فيشكل التقسيط ليرجع بقسطه لتسليطه البايع عليه واباحته له فيكون كالدفعة الى بايع مال غيره كالغاصب وقد تقدم ان الاصحاب لا يجيزون الرجوع بالثمن اما مطلقا او مع تلفه فينبغى هنا مثله الا ان يقال ذلك خرج بالاجماع والا فالدليل قايم على خلافه فيقتصر على مورده وهو حسن ان تم

قوله وللاب والجد يمضى تصرفهما ما دام الولد غير رشيد وينقطع ولايتهما بثبوت البلوغ والرشد مفهوم صدر العبارة زوال ولايتهما عنه بثبوت الرشد وان لم يبلغ لانه جعل مدة الولاية فى زمن عدم الرشد ومفهوم عجزها ان ولايتهما لا ينقطع ما لم يحصل مجتمع الوصفان البلوغ والرشد والثانى هو الصواب واما الاول فمفهومه لا يعمل به على ما حقق فى الاصول وكان الموجب لتغييره كذلك قصد اثبات حكم الولاية لما عليه وان بلغ وطعن فى السن ما دام غير رشيد وترك الاحتراز عن تحقق الرشد قبل البلوغ لظهور حكم الحجر على الصبى مطلقا ويشترط فى ثبوت ولايتهما على غير الرشيد استمرار سفهه قبل البلوغ ليستصحب حكم الولاية لما عليه من الصغر فلو بلغ ورشد ثم زال رشده لم تعد ولايتهما بل تكون للحاكم وكذا القول فى المجنون

قوله ويجوز لهما ان يتوليا طرفى العقد الخ هذا هو الاصح وكذا يجوز تولى طرفيه فى كل موضع يثبت للمتولى الولاية من الجانبين ولو بالاستنابة فان المغايرة الاعتبارية كافية فى ذلك

قوله وهل يجوز ان يتولى طرفى العقد قيل نعم وقيل ان اعلم الموكل جاز وهو اشبه جواز تولى الوكيل طرفى العقد يقع فيه الاشكال فى موضعين احدهما مطلق مباشرة الايجاب والقبول معا والاصح جوازه كما تقدم والثانى بيعه ما وكل فيه من نفسه فقد قيل انه لا يجوز مع عدم اذن الموكل فيه صريحا بان يقول له بعه ولو من نفسك او يعلمه هو فيقول ابيعه ولو من نفسى فيرضى الموكل بذلك والثانى الجواز مع الاطلاق وهذا هو الذى نقله المصنف الخلاف فيه وفى الاطلاق والاصح الجواز مع الاعلام ومع القرينة الدالة على ان الموكل فيه انما يريد البيع لا خصوصية المشترى اما لو تولى الطرفين الوكالة من المشترى ايضا فانه يصح نظرا الى جواز تولى الطرفين فى غيره وان كانت العبارة هنا وقعت مطلقة

قوله والوصى لا يمضى تصرفه الا بعد الوفاة والتردد فى تولية طرفى العقد كالوكيل تولية طرفيه لنفسه كما تقدم اما لغيره فيصح بغير تردد للمصنف فى المسألتين والاصح الجواز مطلقا

قوله وقيل يجوز ان [illegible] لنفسه ويقترض اذا كان مليا هذا القول هو المشهور بين الاصحاب وكثير منهم لم يذكر خلافا وشرط بعضهم مع ملاءته [illegible] حذرا من افلاسه وزيادة ديونه فيحفظ الرهن مال الطفل وهو حسن وكذا يعتبر الاشهاد حفظا للحق وانما يصح له التقويم على نفسه مع كون البيع مصلحة للطفل اذ لا يصح

بيع ماله

بيع ماله بدونها مطلقا اما الاقتراض فشرطه عدم الاضرار بالطفل وان لم يكن المصلحة موجودة وقد تقدم تعريف الملاءة فى التركة

قوله اما الحاكم وامينه فلا يليان الا على المحجور عليه لصغر او سفه او فلس او حكم على غايب يشترط فى الصغر عدم الاب والجد وان علا وفى السفه ذلك او تجدده بعد البلوغ والرشد فلو بلغ سفيها لم تزل عنه ولاية الجد وكذا القول فى المجنون والفلس

قوله وان يكون المشترى مسلما اذا ابتاع عبدا مسلما يمكن ان يريد بالمسلم من حكم باسلامه ظاهرا لان ذلك هو المتبادر من لفظ المسلم وجراء احكامه عليه فيدخل فيه فرق المسلمين المحكوم بكفرهم كالخوارج والنواصب ويمكن ان يريد به المسلم حقيقة نظرا الى غيره اذا حكم بكفره دخل فى دليل المنع الدال على انتفاء السبيل للكافر على المسلم وهذا هو الاولى لكن لم اقف على مصرح به وفى حكم العبد المسلم المصحف وابعاضه دون كتب الحديث النبوية وتردد فى التذكرة فيها

قوله وقيل يجوز ويجبر على بيعه والاول اشبه الاشبه فان الجبر لا ينفى اصل السبيل

قوله ولو ابتاع اباه هل يصح فيه تردد والاشبه الجواز لانتفاء السبيل بالعتق هذا هو الاقوى وفى حكم الاب كل من ينعتق عليه الكافر فلو عمم كان اولى وفى حكمه كل شراء يستعقب العتق كالامر بعتق عبد غيره ثم اشتراه فانه يعتق عليه بمجرد الشراء ومثله لو قال لغيره اعتق عبدك المسلم عنى وعلى ثمنه ان سوغناه فانه شراء ضمنى وانما يمتنع دخول العبد المسلم فى ملك الكافر اختيارا كالشراء او الاستيهاب ونحوهما اما غيره كالارث واسلام عبده الكافر فلا بل يجبر على بيعه بثمن المثل على الفور ان وجد الراغب والا حيل بينهما بمسلم الى ان يوجد الراغب ونفقته زمن المهلة عليه وكسبه له وفى حكم البيع الاجارة الواقعة على عينه اما على ذمته فالاجود الصحة كالو استدان منه وكذا رهنه عنده اما لو وضع على يد مسلم فلا وفى عاريته له قولان اجودهما المنع وفى ايداعه له وجهان اجودهما الصحة لان فيها خادم لا ذو سبيل

قوله كالخنافس والعقارب الخ لعدم عدها مالا عرفا وشرعا ولا اعتبار بما يورد فى الخواص من منافعها فانها مع ذلك لا تعد مالا

قوله عدا السباع لانه طاهر ينتفع به نفعا ظاهرا فيجوز بيعه واخذ العوض عليه فى اجارة الظير خلافا لبعض العامة

قوله ولا ما يشترك المسلمون فيه قبل حيازته كالكلاء والماء هذا اذا كانت فى مباح يتوقف ملكها على الحيازة اما لو كانت فى ملكه فالوجه انها له تبعا للملك فيصح بيعها ويحرم على غيره اخذها منه بغير اذنه وبه صرح فى التذكرة فعلى هذا لو باع الارض لم يدخل الكلاء ولا الماء الا ان ينص عليها او يذكر لفظا يعمها

قوله والارض المأخوذة عنوة وقيل يجوز بيعها تبعا لآثار المتصرف هذا القول قوى وقد تقدم البحث منه فى الجهاد

قوله وفى بيع بيوت مكة تردد والمروى المنع منع النبى من بيع بيوت مكة واجاراتها ومنع المسلمين من سكناها اذا كانت خالية محتجا بالآية الاسرى من المسجد الحرام مع انه كان فى دار ام هانى والمشهور الجواز وعليه العمل وتسمية مكة مسجدا مجاز للحرمة والشرف والمجاورة وقد اضاف الله سبحانه دورها الى اربابها فى قوله الفقراء والمهاجرين الذين اخرجوا من ديارهم والمفهوم منه الملك

قوله اما ماء البئر فهو ملك لمن استنبطه وماء النهر لمن حفره فيجوز بيعه جملة وبيع بعضه كيلا ووزنا وجزافا ولو على الشاطئ لانه مال مملوك متمول

قوله فلا يصح بيع الوقف ما لم يؤد بقاؤه الى خرابه لاختلاف بين اربابه ويكون البيع اعود على الاطلاق وقد اضطربت فتوى الاصحاب فى هذه المسألة اضطرابا عظيما حتى من الرجل الواحد فى الكتاب الواحد كما وقع للمصنف فانه شرط هنا فى جواز بيعه ثلثة شرايط اختلاف اربابه بحيث يؤدى بقاؤه الى خرابه وكون البيع اعود وفى الوقف اكتفى فى الجواز بوقوع الخلف بين اربابه بحيث يخشى خرابه فاكتفى بخوف الخراب وهنا شرط الاداء اليه ولم يشترط مع ذلك كون البيع اعود والاقوى فى هذه المسألة ما دلت عليه صحيحة على [illegible] من جواز البيع اذا وقع بين ارباب الوقف خلف شديد وعلله ع بانه ربما جاء منه تلف الاموال والنفوس والظاهر ان خوف اداءه اليهما او الى احدهما ليس بشرط بل ظاهره انه عرضة لذلك وما عدا هذه الصورة لا دليل عليه نعم فى رواية جعفر بن حنان جواز بيعه مع حاجة اربابه اليه بحيث لا يكفيهم غلته فاذا

اذا لم يتفقوا عليه كلهم وكان البيع خيرا لهم وعمل بها بعض الاصحاب وفي سندها ضعف بجعفر بن حنان وزاد بعضهم ما لو خرب
وتعطل ولم يرج نفعه نفع على ذلك الوجه اصلا وهو حسن لفوات مقصود الوقف من تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة وذلك كما
خلقت حصر المسجد وجذعه بحيث لا يصلحان للانتفاع فيه فيجوز بيعها للوقود ونحوه وباقي الاقوال كلها مدخولة ودليل المنع
عام وحيث يجوز البيع يشترى بثمنه ما يكون وقفا على ذلك الوجه ان امكن ويجب تحصيل الاقرب الى صفة الموقوف الاول
فالاقرب والمتولي لذلك الناظر الخاص ان كان او الموقوف عليه ان كان منحصرا والا فالناظر العام **قوله** ولا بيع ام الولد ما لم
اوفي ثمن رقبتها مع اعسار مولاها وفي اشتراط موت المالك تردد الاقوى عدم اشتراط موته لاطلاق النص والمراد باعساره ان
لا يكون له من المال ما يفي بثمنها زائدا على المستثنيات في وفاء الدين وهذان الفردان المستثنيان مورد النص وقد الحق بها الاصحاب
مواضع اخر كبيعها اذا مات قريبها لتعتق وترث وبيعها على من ينعتق عليه ويشترط العتق على قول واذا جنت على غير مولى
ليدفع ثمنها او رقبتها في الجناية واذا كان علوقها بعد الارتهان او بعد الافلاس واذا عجز عن نفقتها واذا مات مولاها ولم يخلف
سواها وعليه دين مستغرق اذ لا يتصور عتقها ح وفي كفنه اذا لم يخلف سواها واذا اسلمت قبل مولاها الكافر واذا كان لمولى
غير وارث وزاد بعضهم ما لو جنت على مولاها او قتلته خطا **قوله** ولا بيع الرهن الا مع الاذن يجوز كون المحكوم بعدم جواز
بيعه للرهن هو الراهن والمرتهن اما الراهن فظاهر انه لا يجوز بيعه للرهن الا مع اذن المرتهن لانه ممنوع من التصرف فيه
واما المرتهن فلا يجوز له بيع الرهن اذا لم يكن وكيلا فيه بل يتوقف بيعه على اذن المالك فان امتنع استاذن الحاكم فان
تعذر جاز له ح البيع بنفسه على الاقوى وكيف كان فلا يجوز له بيع الرهن مطلقا بل على بعض الوجوه اذ لا يجوز مطلقا كما
اطلقه جماعة منهم المصنف في بابه اي لا يجوز بيعه من حيث هو مرتهن ح فلا ينافي جواز بيعه اذا كان وكيلا لان الجواز من
حيث كونه وكيلا لا غير **قوله** ولا يمنع جناية العبد من بيعه ولا من عتقه عمدا كانت الجناية او خطاء على تردد التردد في
العمد فقد ابطل الشيخ بيعه فيه لتخيير المجني عليه بين استرقاقه وقتله وهو غير مانع من صحة البيع لعدم اقتضائه خروجه
من ملك مالكه نعم يصير لزوم البيع مراعى برضاء المجني عليه بفدائه بالمال فان قبل وفكه المولى لزم البيع وان قتله او استرقه
بطل ولو كان المشتري جاهلا بالجناية تخير في الفسخ والامضاء قبل استقرار حاله لانه عيب في الجملة وفي صورة التلف لو
كانت الجناية خطا كان التخيير للمولى بين بذله وفدائه باقل الامرين من قيمته وارش الجناية ان كان اقل من قيمته فهو اللازم
عتقها وان كانت اقل فالجاني لا يجني على اكثر من نفسه فيصح البيع ويكون التزاما بالفداء على اصح القولين ثم ان
فداه والا جاز للمجني عليه استرقاقه فينفسخ البيع لان حقه اسبق وللمشتري الخيار ايضا ان لم يعلم ببقاء الحق في رقبته
فان فسخ رجع بالثمن وكذا ان لم يفسخ وكانت الجناية مستوعبة لرقبته فاخذ بها فان المشتري يرجع بالثمن ايضا وان
كانت غير مستوعبة لرقبته رجع بقدره ارشه ولو كان عالما بعينه راضيا بتعلق الحق به لم يرجع بشيء لانه اشترى معيبا
عالما بعيبه ثم ان فداه السيد والمشتري فالبيع بحاله والا بطل مع الاستيعاب وفداء المشتري له كقضاء دين غيره يعتبر في
رجوعه عليه اذنه فيه **قوله** فلا يصح بيع الآبق منفردا ويصح منضما الى ما يصح بيعه اي الى ما يصح بيعه منفردا فيجعل
ضميمته الى ابق اخر مما لا ينفرد بالبيع لقلته ونحوه ويعتبر كونها من مالك العبد ليستحق جميع الثمن اذ لو كانت من غيره لم يستحق
شيئا فيمتنع صحة بيعه وفي صحيحة رفاعة عن الكاظم ع دليل عليه ولا يجوز بيع الواحد منضما فكذا الاكثر ولو كان
مع الثمن المتمول ابق اخر صح ايضا لوجود المقتضي في الجميع وانما يمتنع بيع الآبق مع تعذر تسليمه فلو امكن صح وان سمي
ابقا ولو امكن للمشتري خاصة فالاقوى الجواز ولا يلحق به غيره مما في معناه كالبعير الشارد والفرس العاير على الاقوى فتصالح

فيما خالف

فيما خالف الاصل على المنصوص فعلى هذا يبطل البيع للغرر ويحتمل الصحة مراعاة بالتسليم **قوله** ولو لم يظفر به لم يكن له رجوع
على البائع وكان الثمن مقابلا للضميمة يعني انه لا يرجع عليه او على الآبق ويرجع بحصته منه بل ينزل الآبق بالنسبة الى الثمن
منزلة المعدوم وليس المراد ان الآبق يخرج عن كونه مبيعا لينحصر الثمن في الضميمة اذا تعذر تحصيله كما يقتضيه ظاهر العبارة
بل ظاهر عبارة الجميع لان الآبق جزء من المثمن والبيع قد وقع عليهما والقدرة على تسليمه ليست شرطا في صحة البيع وتقتضي البيع
توزيع الثمن على جميع المثمن فلما تخيل من ذلك رجوع المشتري بشيء عند تعذر قبضه نبهوا عليه بقولهم ان الثمن في مقابل
الضميمة والمراد انه يستحق باسره بازاء ما دفع من الضميمة ويظهر الفائدة في دخول الآبق في ملك المشتري وان لم يقدر على تحصيله
فيصح له عتقه عن الكفارة وغيرها مما يترتب على الملك ويشترط في الآبق ما يشترط في ساير المبيع غير القدرة على القبض ولحقه
احكام المبيع كذلك فيعتبر كونه معلوما عند المشتري بالمشاهدة او الوصف الرافع للجهالة موجودا عند العقد فلو ظهر تالفا
قبله او مستحقا لغير البائع او مخالفا للوصف البائع او معيبا ففي الحاقه بتعذره فلا يؤثر في صحة البيع ولا يتخير ارشا ولا ردا
او يلحق كل واحد حكمه فيبطل في الاولين ما قابله ويتخير في الاخيرين نظر **قوله** ويصح بيع ما جرت العادة بعوده كالحمام الطائر
تنزيلا للعادة منزلة الواقع فيكون بمنزلة العبد المنفذ في الاشغال والدابة المرسلة في المرعى وتردد العلامة في النهاية في
الصحة بسبب انتفاء القدرة في الحال على التسليم وان عوده غير موثوق به اذ ليس له عقل باعث وهو احتمال مرجح لكن
كان الاول اقوى **قوله** والسموك المملوكة المشاهدة في المياه المحصورة المعتبر من المشاهدة ما يندفع به الغرر فلا يعتبر
في الجملة ذلك غير شرط في صحة بيع السمك في الماء صرح به العلامة في التذكرة واشترط مع ما ذكر شرطا اخر وهو امكان
صيده فلو كان الماء في بركة محصورة لكنها كثيرة جدا وفيها ما يمنع من صيده عادة لم يجز وهو حسن **قوله** ولو باع ما يتعذر تسليمه
الا بعد مدة فيه تردد ولو قيل بالجواز مع ثبوت الخيار للمشتري كان قويا منشا التردد من العجز الحالي وامكان التسليم في
الجملة غايته مع نقص وصف وهو فوات المنفعة قبل الامكان والاقوى الجواز ثم ان كان المشتري عالما بالحال فلا خيار
له والا ثبت له الخيار **قوله** كان مضمونا عليه بقيمته يوم قبضه وقيل باعلى القيم قد تقدم ان المقبوض بالبيع
الفاسد مضمون على القابض لكن لم يذكر كيفية الضمان فلذا اعاده ووجه ما اختاره من ضمانه بقيمته يوم القبض انه
مضمون عليه من ذلك الوقت بسبب فساد البيع المضمون به كما يضمن بصحيحه ووجه الثاني ان زيادة العين مضمونة مع
بقائها فكذا مع تلفها ولانه في كل وقت مخاطب باداء العين فالانتقال الى القيمة انما هو عند تعذر دفعها فتضعف القولى
بضمانها بالقيمة عند القبض وظهر ان الثاني اقوى لكن يشترط ان يكون التفاوت بسبب نقص في العين او زيادة فلو
كان باختلاف السوق لم يضمن واعتبر قيمتها يوم التلف ولا يخفى ان هذا كله في القيمي اما المثلي فيضمن بمثله فان تعذر
فبقيمته يوم الاعواز على الاقوى وكما يضمن العين يضمن منافعها سواء استوفاها ام لا على الاقوى **قوله** وان زاد
بفعل المشتري كان له قيمة الزيادة وان لم يكن عينا هذا مع جهله اما مع علمه فليس له الا الزيادة العينية التي يمكن فصلها
فالوصفية لا يستحق بسببها شيء وبالجملة حكمه مع العلم حكم الغاصب وهذا هو اصح الاقوال في المسئلة والمصنف لم يذكر فيها
خلافا استضعافا فالمتابع انه اشار اليه في مختصره **قوله** فلا يجوز بيع ما يكال او يوزن او يعد جزافا هذا هو المشهور
وعليه الفتوى وذهب بعض الاصحاب الى جوازه مع المشاهدة وهو ضعيف **قوله** ولو كان مشاهدا كالصبرة جوز ابن
الجنيد بيع الصبرة مع المشاهدة دون غيرها فلذا خصها المصنف بالذكر وهو ضعيف **قوله** ولا يجوز ابتياع شيء مقدر
منه اذا لم يكن متساوي الاجزاء كالذراع من الثوب اي لو قدره غير معين كذراع منه اما لو عينه فجهله كالمقال بن

هذا الطرف الى حيث ينتهى ففى صحته قولان اجودهما الصحة لانتفاء الغرر بذلك ولو قصد بالمعين الاشاعة وكان المجموع معلوم
القدر كذراع من ثوب عشرة اذرع صح ايضا وكان شريكا بالنسبة ولو اختلفا فى القصد قدم قول مدعى الاشاعة ترجيحا لجانب
الصحة قوله والجريب من الارض الجريب من الارض والطعام مقدار معلوم قاله الجوهرى وقيل ان مقداره فى الارض عشرة
اذرع قوله وكذا يجوز لو كان من اصل مجهول لكونه من صبرة مجهولة القدر اذا علم اشتمالها على المبيع ولا فلا وهل ينزل
على الاشاعة او يكون المبيع مكوكا فى الجملة وجهان اقربهما الثانى ويظهر الفائدة فيما لو تلفت بعضها فعلى الاشاعة يتلف
من المبيع بالنسبة وعلى الثانى يبقى المبيع ما بقى قدر المبتاع قوله ولذا تعذر عد ما يجب عده جاز ان يعتبر بمكيال ويؤخذ
بحسابه ينبغى ان يراد بالتعذر هنا المشقة والتعبير على وجه التجوز لا حقيقة التعذر وقد عبر الشهيد ره بالتعسر وهو اجود
وانما عبر المص ره وغيره بالتعذر تبعا للحديث عن الصادق ع حين سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعده فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه
ثم يكال ما بقى على حساب ذلك من العدد فقال لا باس به وفى حكمه الموزون والمكيل حيث يتعذر وزنهما وكيلهما وقد سئل ع عن رجل
اشترى منه مائة راوية زيتا فاعترض راوية او اثنتين فاتزنهما ثم اخذ سايره فقال لا باس وليس فى هذه الرواية
تقييد بالعجز ولا بالمشقة وينبغى القول بجوازه مطلقا للرواية ولزوال الغرر بذلك وحصول العلم والتفاوت اليسير مغتفر
كما فى اختلاف المكاييل والموازين ومن قايل بالفرق بين الثلثة حتى يتوجه القول بالاجزاء فى الموزون خاصة للرواية لان
المعدود ادخل فى الجهالة واقل ضبطا قوله ويجوز بيع الثوب والارض مع المشاهدة وان لم يمسحا ولو مسحا كان احوط
لتفاوت الغرض فى ذلك وتعذر ادراكه بالمشاهدة نقل فى التذكرة الاجماع على جواز بيعهما بالمشاهدة والظاهر انه اراد به من
اهل العلم كافة فما ذكره المص ره من الاحوطية ليس على جهة الخلاف بل لتاكيد الوضوح ونقل فى الدروس عن ظاهر الخلاف
المنع فلعله اشار بالاحتياط اليه والمراد بمشاهدة الثوب الكافية فى صحة بيعه مشاهدته منشورا فلو كان مطويا لم
يكف الا مع تقليبه على وجه يوجب معرفته كما لو كان غير متفاوت ولا منقوش نقشا يختلف ويخفى فى مطاويه ومثله
القول فى البسط والزلالى ونحوها قوله ويكفى مشاهدة المبيع ولو غاب وقت الابتياع الا ان يمضى مدة جرت العادة
بتغيير المبيع فيها نبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث اشترط مقارنة الرؤية للبيع فلو تقدمت بطل عنده واجماع
واكثر اهل العلم على خلافه لكن يشترط ان لا يكون مما يتغير فى تلك المدة عادة والا بطل البيع لانه ح مجهول قوله ولو
اختلفا فيه فالقول قول المبتاع مع يمينه على تردد وجه التردد من ان البايع يدعى عليه الاطلاع على المبيع على
الصفة الموجودة والرضا به والمشترى ينكره فيكون القول قوله لاصالة عدمه ومن تحقق الاطلاع المسوغ للبيع
اصالة عدم التغير ولزوم العقد فيكون القول قول البايع والاول اقوى لما ذكر ولان الاصل عدم وصول حقه اليه فيكون
فى معنى المنكر وان كان بصورة المدعى فيحلف على ان المبيع ليس بالصفة التى اشتمل عليها والمعتبر من التغير الموجب للتخيير هنا
ما اختلف بسببه الثمن اختلافا لا يتسامح بمثله غالبا او يوجب اختلاف الرغبات وبالجملة فالرؤية بمنزلة اشتراط الصفات
الكائنة عند الرؤية فكلما فات منها كان كما لو تبين الخلف بالشرط تفريع لو اتفقا على تغيره لكن اختلفا فى تقدمه على
البيع وتاخره فان شهدت القراين باحدهما حكم به من غير يمين وان احتمل الامران فالوجهان من اصالة عدم وصول
حق المشترى اليه واصالة عدم تقدم التغير قوله وما يفسد من شرائه من غير اختبار ولا وصف على ان الاصل الصحة فيه
تردد والاولى الجواز الخ ش موضع الخلاف ما لو كان المبيع مشاهدا بحيث يرتفع الجهالة عنه من جهة القوام واللون
وغيرها وانما يختلف عنه الطعم والريح فالاقوى صحة البيع احالة له على مقتضى طبعه فان ظهر بخلاف المعرفى

سنه تخير

منه تخير المشترى فان طعم العسل والدبس والريح المسك ونحوها امر منضبط عرفا فيحسن الاعتماد على مقتضى طبعه اذ ليس المراد
باصل شرط العلم بالمبيع ان يرتفع الجهالة عنه بكل وجه فان رؤية ظاهر الصبرة ونحوه كاف مع احتمال المخالفة وكذلك
المبيع بالوصف قوله ويستوى فى ذلك الاعمى والبصير نبه بذلك على خلاف سلار حيث ذهب الى تخيير الاعمى بين الرد
والارش وان تصرف فتعين الارش مع احداث حدث فيه المتصل به قوله وان
شراؤه جاير مع جهالة ما فى بطونه ويثبت للمشترى الارش بالاختبار مع العيب دون الرد مقتضى اطلاق العبارة جواز
شرائه مطلقا من غير اشتراط الصحة ويكون الاطلاق منزلا عليه وفى بعض عبارات الاصحاب جواز شرائه بشرط الصحة
وفى عبارة الشيخ ره وجماعة بشرط الصحة والبراءة من العيوب وعبارة المص ره اجود ثم ان اطلق فقضى الصحة ويرجع بالارش
العيب مع ظهوره بعد الكسر ولا رد للتصرف وان شرط البايع البراءة من العيوب صح ولا خيار لو ظهر معيبا كذا اطلقه
الجماعة ويشكل فيما لو ظهر كله معيبا ولم يكن لمكسوره قيمة كالبيض فان مقتضى الشرط رجوعه بالثمن كله لعدم وجود ما
يقابله وهو مناف لمقتضى العقد اذ لا شى فى مقابلة الثمن ح فيكون اكل مال بالباطل فيتجه ح بطلان الشرط وقد
نبه عليه هنا فى الدروس قوله وان لم يكن لمكسوره قيمة رجع بالثمن كله بمعنى بطلان البيع لعدم وجود عوض فى مقابلة
الثمن لكن هل يحكم ببطلان البيع من اصله نظرا الى عدم تقوم المثمن فى نفس الامر حين العقد ام من حين ظهور الفساد
لانه كان مالا متقوما ظاهرا وجهان ويظهر الفائدة فيما لو تبرا البايع من عيبه وفيما لو افتقر الى مؤنة لنقله وكسره فعلى الاول
يظهر ان المؤنة على المشترى مطلقا لعدم المقتضى لرجوعه بها وان كان الفعل فى ملك غيره وقد عرفت حكم التبرى من العيب
ذلك فينتفى فائدة الخلاف قوله ولا يجوز بيع سمك فى الآجام ولو كان مملوكا لجهالته وان ضم اليه القصب او غيره على الاصح
المراد به السمك الذى ليس بمشاهد ولا محصور كما يظهر من اضافته الى الآجام والآجام جمع الاجمة بالتحريك وهى غابة القصب
والقول بالجواز مع الضميمة مذهب الشيخ ره وجماعة استنادا الى اخبار صحيحة ضعيفة والذى اختاره المتاخرون ان المقصود
بالبيع ان كان هو القصب وجعل السمك تابعا له صح البيع وان انعكس او كانا مقصودين لم يصح وهو الاقوى وكذا القول
فى كل مجهول ضم الى معلوم كالحمل واللبن الذى فى الضرع وغيرهما قوله وكذا اللبن فى الضرع ولو ضم اليه ما يحلب منه
جوزه الشيخ مع الضميمة ولو الى ما يوجد فى مدة معلومة استنادا الى رواية ضعيفة والوجه المنع الا على التفصيل السابق
نعم لو صالح على ما فى الضرع او على ما سيوجد مدة معلومة فالاجود الصحة قوله وكذا الجلود والاصواف والاوبار والشعر
على الانعام ولو ضم اليه غيره ش اى لا يصح بيع جميع ذلك ولا كل واحد منها منفردا ولا مع ضم شى اخر اليه لجهالته وان ما
عدا الجلود من المذكورات موزون فلا يباع جزافا والاقوى جواز بيع ما عدا الجلد منفردا ومنضما مع مشاهدته وان جهل
وزنه لانه ح غير موزون كالثمرة على الشجرة وان كان موزونا لو قلع كالثمرة وفى بعض الاخبار دلالة عليه وينبغى مع ذلك
جزه فى الحال او شرط تاخيره الى مدة معلومة قوله وكذا ما فى بطونها وكذا اذا ضمهما الضمير المثنى يعود الى النوعين
السابقين وهما ما فى بطونها وما على ظهورها من الصوف والشعر والوبر والمراد انه لا يصح بيع كل واحد منهما منفردا
ولا منضما الى غيره ولا احدهما منضما الى الاخر وحيث عرفت ان بيع ما على الظهور من المذكورات صحيح فيجوز ضمها
فى البطن اليه اذا كان المقصود بالذات هو ما على الظهر كما تقدم فى القاعدة وكذا يصح بيعه مع ضميمة الى كل مقصود
كالحامل وغيرها قوله المسك طاهر يجوز بيعه فى فاره وان لم يفتق وفتقه احوط فاره بالهمز جمع فارة به ايضا كالفارة
فى غيره وهى الجلدة المشتملة على المسك يجوز بيعه فيه وان لم يفتق بناء على اصل السلامة فان ظهر بعد الفتق معيبا

لزمه حكمه والمراد بتفقه على ما ذكره جماعة ادخال خيط فيه ثم اخراجه وشمه **قوله** يجوز ان يندر للظروف ما يحتمل
الزيادة والنقيصة ولا يجوز وضع ما يزيد الا بالمراضاة ويجوز بيعه مع الظروف من غير وضع الاندار بالدال المهملة
الاسقاط والمراد اسقاط قدر معين للظروف يحتمل كونها بذلك القدر او يزيد يسيرا او ينقص يسيرا فلو علم يقينا زيادة
المسقط على قدرها لم يصح الابرضى المتبايعين لان في ذلك تضييعا لمال احدهما بخلاف ما اذا كان برضاهما وكما لا
يجوز وضع ما يزيد كذا ما ينقص لاشتراكهما في المعنى والمراد ببيعه بالظرف من غير وضع جعل المجموع الموزون من الظرف و
المظروف بسعر واحد ولا يضر جهل وزن كل واحد لان معرفة الجملة كافية كنظائره مما يباع منضما **قوله** يستحب ان يتفقه
فيما يتولاه المراد بالتفقه هنا العلم بالاحكام الشرعية المتعلقة بما يزاوله من المتجر ولو بالتقليد ليعرف صحيح العقد
من فاسده ويسلم من الربا ويعمل بمقتضى احكامه وقد قال علي عليه السلام من اتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا ثم ارتطم و
كان ع يقول على المنبر يا معشر التجار الفقه ثم المتجر والله للربا في هذه الامة اخفى من دبيب النملة على الصفا التاجر
فاجر والفاجر في النار الا من اخذ الحق واعطى الحق **قوله** وان يسوي البايع بين المبتاعين في الانصاف بمعنى انه
لا يفاوت بينهم بسبب المماكسة وعدمها ولا بين الصغير والكبير ونحوهما اما لو فاوت بينهما بسبب الفضل والدين
فلا باس **قوله** وان يقيل من استقاله عن ابي عبد الله ع قال ايما عبد مسلم اقال مسلما في بيع اقاله الله تع عثرته يوم
القيمة **قوله** وان يشهد الشهادتين وان يكبر الله تع اذا اشترى وليكن التكبير ثلثا وليقل بعده اللهم اني اشتريته
التمس فيه من فضلك فاجعل لي فيه فضلا اللهم اني اشتريته التمس فيه نفعا فاجعل لي فيه رزقا وكله بعد الشراء **قوله**
وان يتبض لنفسه ناقصا ويعطي راجحا ولو تنازعا في تحصيل الفضيلة قدم بيده المبزان او المكيال **قوله** ويكره
مدح البايع لما يبيعه وذم المشتري لما يشتريه لقوله صلى الله عليه وآله من باع واشترى فليحفظ خمس خصال والا فلا
يشتري ولا يبيع الربا والحلف وكتمان العيب والحمد اذا باع والذم اذا اشترى ولو ذم سلعة نفسه صادقا فلا باس **قوله**
واليمين على البيع وكذا الشرى قال الكاظم عليه السلام ثلثة لا ينظر الله اليهم احدهم رجل اتخذ الله عز وجل بضاعة لا
يشتري الا بيمين ولا يبيع الا بيمين **قوله** والبيع في موضع يستر فيه العيوب كالموضع المظلم حذرا من الغش
قال هشام بن الحكم كنت ابيع السابري في الظلال فمر بي الكاظم ع فقال يا هشام ان البيع في الظلال غش والغش لا
يحل ومثله اظهار جيد المتاع وكتم رديه فقد قال النبي صلى الله عليه وآله لنا على ذلك ما اراك الا قد جمعت خيانة و
غشا للمسلمين **قوله** والربح على المؤمن الا مع الضرورة فيربح قوت يومه موزعا على سائر المعاملين المؤمنين في
ذلك اليوم هذا اذا اشترى منه للقوت وكان بمائة درهم فصاعدا اما لو اشترى للتجارة فلا باس قال الصادق ع
ربح المؤمن على المؤمن حرام الا ان يشتري باكثر من مائة درهم فاربح عليه قوت يومك او يشتريه للتجارة فاربحوا
عليهم وارفقوا بهم **قوله** وعلى من يعده بالاحسان بان يقول له هلم احسن اليك فيجعل احسانه الموعود به ترك الربح
عليه قال الصادق ع اذا قال الرجل للرجل هلم احسن بيعك يحرم عليه الربح **قوله** والسوم ما بين طلوع الفجر الى طلوع
الشمس اى الاشتغال بالتجارة ذلك الوقت لانه وقت دعاء ومسألة وفي الحديث ان الدعا فيه ابلغ في طلب الرزق
من الضرب في البلاد وفي خبر نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن السوم ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس **قوله** و
مبايعة الادنين فسر بمن لا يبالي بما قال ولا ما قيل فيه وبالذي لا يسره الاحسان ولا تسوؤه الاساءة وبالذي
يحاسب على الدون والسفلة بمعناهم وفي الحديث النهي عن معاملة ومخالطة من لم ينشأ في الخير **قوله** وذوي العاهات

اى ذوى النقص

اى ذوى النقص في ابدانهم وعلل في عدة اخبار بانهم اظلم شيء **قوله** والاكراد للحديث عن الصادق ع وفيه النهي عن مخالطتهم
وعلله بان الاكراد من احياء الجن كشف الله عنهم الغطاء **قوله** والتعرض للكيل او الوزن اذا لم يحسنه حذرا من الزيادة والنقصان
المؤديين الى الحرام وفي الاخبار النهي عنه وحرمه بعض الاصحاب **قوله** والاستحطاط من الثمن بعد العقد لنهي النبي صلى
الله عليه وآله عنه وعن الصادق عليه السلام الوضيعة بعد الصفقة حرام والمراد تاكيد الكراهة **قوله** والزيادة في السلعة وقت النداء
بل يصبر حتى يسكت ثم يزيد ان اراد قال الصادق ع كان امير المؤمنين ع يقول اذا نادى المنادي فليس لك ان تزيد وانما يحرم
الزيادة النداء ويحلها السكوت **قوله** ويدخل المؤمن في سوم اخيه على الاظهر المراد بالدخول في سومه ان يطلب المتاع الذي
يريد ان يشتريه بان يزيد في الثمن ليقدمه او يبذل للمشتري متاعا غير ما اتفق عليه هو والبايع وقد نهي عنه في الاخبار
قال صلى الله عليه وآله لا يسوم الرجل على سوم اخيه وهو خبر معناه النهي والاصل في النهي التحريم فمن ثم ذهب الشيخ ره
وجماعة الى تحريمه واستظهر المصنف ره الكراهة للاصل والجهل بسند الحديث ولو صح تعين القول بالتحريم وانما يحرم او يكره بعد
تراضيهما او قربه فلو ظهر منه ما يدل على عدم الرضا وطلب الزيادة او جهل حاله لم يحرم ولم يكره اتفاقا ولو طلب الداخل
من الطالب الترك له لم يحرم ونفي كراهته وجه ولا كراهة في ترك الملتمس منه بل ربما استحب اجابته اذا كان مؤمنا **قوله**
وان يتوكل حاضر لباد وقيل يحرم والاول اشبه المراد بالباد الغريب الجالب للبلد اعم من ان يكون من البادية او قرويا ومعناه ان يحمل
البدوي او القروي متاعه الى بلد فياتيه البلدي ويقول انا ابيعه لك باعلى مما تبيعه به قبل ان يعرفه السعر ويقول له انا
ابيع لك واكون سمسارا وقد ورد النهي عنه ايضا قال صلى الله عليه وآله لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من
بعض والكلام في دلالته على التحريم وفي سنده كما تقدم وقد شرطوا في تحريمه او كراهته شروطا **الاول** ان يكون الحاضر عالما
بورود النهي وهو شرط يعم جميع المناهي **الثاني** ان يظهر من ذلك المتاع سعة في البلد فلو لم يظهر اما لكبر البلد او لعموم وجوده
ورخص السعر فلا تحريم ولا كراهة لان المقتضي للنهي تفويت الربح وتضييق الرفق على الناس ولم يوجد هنا **الثالث** ان يكون المتاع
المجلوب مما تعم الحاجة اليه فما لا يحتاج اليه الا نادرا لا يدخل تحت النهي **الرابع** ان يعرض الحضري ذلك على البدوي ويدعوه اليه
فان التمس الغريب ذلك لم يكره به باس **الخامس** ان يكون الغريب جاهلا بسعر البلد فلو علم به لم يكره بل يكون مساعدته
محض الخير وفي اشتراط ما عدا الاخير نظر لاطلاق النص وعدم منافاة التعليل له اما الاخير فالتعليل يشعر به وعلى القول بالتحريم
لو وقع البيع صح وان اثم ولا باس بشراء البلدي له للاصل وعدم تناول النهي له **قوله** وتلقي الركبان مكروه وحده اربعة
فراسخ اذا قصد ولا يكره ان اتفق الظاهر المصنف ره القول بالكراهية والخلاف فيه والكلام ما سبق فقد ذهب جماعة الى تحريمه
عملا بظاهر النهي الوارد في الاخبار روى منها المصاب عن الصادق ع انه قال لا تتلق ولا تشتر ما يتلقى ولا تاكل منه والاصل
فيه التحريم فحمله على الكراهة ليس بجيد نعم يمكن رده بجهالة بعض سنده ومنه يظهر وجه ما اختاره المصنف ره وجماعة
من الكراهة عملا بالاصل ويكفي في اثبات الكراهية امثال ذلك والمراد بالتلقي الخروج اربعة فراسخ فما دون الى الركب
القاصد الى بلد للبيع عليهم او الشراء منهم فهنا قيود **الاول** كون الخروج بقصد ذلك فلو خرج لا له واتفق الركب لم يكن
ولم يحرم **الثاني** تحقق مسمى الخروج من البلد فلو تلقى الركب في اول وصوله الى البلد لم يثبت الحكم وان لم يكن قد
عرف السعر ولو دخل بعض الركب فتلقى البعض الخارج قيل يسقط النهي ايضا ويشكل بصدق التلقي للخارج منه
الثالث ان لا يتجاوز اربعة اربعة فراسخ فلو زاد كان سفرا للتجارة لا باس به **الرابع** جهل الركب بسعر البلد بحيث
التلقي الخارج منه وان ~~كان لا يتجاوز اربعة فراسخ~~ فيما يبيعه ويشتريه فلو علم بها او باحدها لم يثبت الحكم فيه كما يثبت

به التعليل في قوله صلى الله عليه واله لا يتلق احدكم تجارة خارجا من المصر والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض والظاهر ان الاعتماد
يعلم من تعليلها لخامسة الخامس ان يكون التلقي للبيع عليه او الشراء منه فلو خرج لغيرهما من المقاصد ولو في بعض المعاملات
كالاجارة لم يثبت الحكم وفي الحاق الصلح ونحوه من عقود المعاملات يحتمله للعلة وعدمه اقتصارا فيما خالف الاصل على
المتيقن ولعل الحاق الصلح هنا اقوى ويحتمل قصر الحكم على الشراء منهم خاصة نظرا الى ظاهر قوله صلى الله عليه واله لا يتلق ٥
احدكم تجارة ولو قلنا بالتعميم فيتحقق قصد البيع على ما فيه خطر وغبن فلو خرج ليبيع عليهم الماكول ونحوه فلا باس اذا
تقرر ذلك فنقول لو خرج واشترى منهم او باع عليهم انعقد البيع وان قلنا بالتحريم لان النهي عن امر خارج عن
حقيقة البيع خلافا لابن الجنيد ثم ان ظهر فيه غبن تخير الركب بين فسخ البيع وامضائه والاقوى انه على الفور لم
اقتصارا في مخالفة عموم لزوم البيع والوفا بالعقد على موضع اليقين ووجه التراخي ان ثبوت اصل الخيار اجماعي
فيستصحب الى ان يثبت المزيل واختاره المص ره هنا وهو وجيه قوله وكذا الحكم في النجش وهو ان يزيد لزيادة من
واطاه البايع يحتمل كون المشبه المشار اليه بذا مجموع الحكم السابق وهو الكراهة مع صحة البيع وثبوت الخيار وكونه
على التراخي وهو على الخلاف وهذه الجملة احد الاقوال في المسالة ويمكن كونه الاخير وهو كون الخيار فيه على التراخي فهو
يستلزم صحة البيع ولا يكون متعرضا لحكمه من حيث التحريم او الكراهة والاقوى تحريمه لانه غش وخديعة والثبوت باقي
الاحكام السابقة وما عرفه به المص ره غير جيد لان الزيادة لزيادة من واطاه البايع يكون من المشتري المخدوع وهو لا
يتعلق به تحريم ولا كراهة اجماعا وانما المحرم نفس تلك الزيادة من الخارج التي اوجبت انخداع المشتري فالاجود في
تعريفه انه الزيادة في السلعة ممن لا يريد شراها ليحضر غيره عليه وان لم يكن بمواطاة البايع فاذا اتفق ذلك فالبيع صحيح
ويتخير المشتري مع ظهور الغبن كما تقدم وقيل لا خيار هنا وقيل بثبوته مع مواطاة البايع لا غير والاول اقوى وفي
حكمه ما لو قال البايع اعطيت في هذه السلعة كذا فصدقه المشتري فانه يتخير لو ظهر الغبن وان كان البايع صادقا ولو
كان كاذبا فكالنجش في التحريم وينبغي ان لا يلحق به ترك الزيادة في السلعة ليشتريها بالثمن القليل للاصل قوله
الاحتكار مكروه وقيل حرام والاول اشبه الاحتكار افتعال من الحكرة بالضم وهو جمع الطعام وحبسه يتربص به الغلاء
والاقوى تحريمه لصحيحة اسماعيل بن زياد عن الصادق ع قال قال رسول الله صلى الله عليه واله لا يحتكر الطعام الا خاطئ والمراد
به فاعل الذنب وقال صلى الله عليه واله الجالب مرزوق والمحتكر ملعون والقول بالكراهة للشيخ ره في ط وجماعة لقول
الصادق ع يكره ان يحتكر الطعام وجوابه القول بالموجب فان المكروه احد معاني الحرام فاذا دلت تلك الاخبار على التحريم
تعين حمل المكروه عليه قوله وانما يكون في الحنطة والشعير الى قوله وقيل في الملح هذا القول قوي وفي رواية اضافة الزيت
وهو حسن قوله بشرط ان يستبقيها للزيادة في الثمن وان لا يوجد بايع ولا باذل اطلاق كلامه مع شرطيته يقتضي عدم
الفرق بين كون هذه الاشياء من غلته او اشتراها لذلك وقد صرح العلامة بان الاحتكار لا يتحقق الا بشرائها وجمعها
وفي حسنة الحلبي دلالة عليه والاقوى عدم التحريم مع استغنائه عنها وحاجة الناس في حاجته اليها ولو في المال
لمؤنته ووفاء دينه ونحوها او وجود باذل غيره لا يحرم نعم يستحب مساواة الناس حالة الغلاء ولو ببيع ما يزيد عن
حاجته وما عنده من الجيد اذا لم يكن عند الناس الا الردي واستعمال ما ياكلونه كما روي فعله من فعل الصادق ع
قوله وشرط اخرون ان يستبقيها اي شرطوا ذلك مضافا الى ما تقدم والاقوى تقييده بالحاجة لا بالمدة قوله ولا
يسعر عليه وقيل يسعر والاول اظهر الا ظهر الا مع الاجحاف فيومر بالنزول عنه الى حد ينتفي الاجحاف والا انتفت

فانه

نابية الاجبار اذ يجوز ان يطلب في ماله ما لا يبذله على بذله او يقضي بحال الناس والغرض دفع الضرر الفصل الثالث في الخيار
قوله خيار المجلس اضافة هذا الخيار الى المجلس اضافة الى بعض امكنته فان المجلس موضع الجلوس وليس بمعتبر في تحقق هذا الخيار
بل المعتبر فيه مكان العقد مطلقا والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه واله البيعان بالخيار ما لم يفترقا وهو اوضح دلالة
من عبارة الفقهاء الا انه قد صار بمنزلة الحقيقة العرفية وان كان التسمية فيه خصوص لغة ونظيره في التجوز ما تقدم من ارادة
التفرق الا ان يكون مع اكثر من حضره وقد حررناه في محاله قوله ولكل من المتبايعين خيار الفسخ ما داما في المجلس اطلاق
المتبايعين يشمل المالكين والوكيلين والمفترقين لان المتبايعين من فعلا المبيع وهو ان كان عبارة عن الايجاب والقبول
نظرا الى اطلاقه على من اوقع الصيغة سواء كان مالكا او وكيلا وان كان عبارة عن نفس الانتقال الحاصل عن الانتقال ومحله
هو المتعاقدان ايضا لكن الحكم في المالكين واضح واما الوكيلان فان لم يفوض لهما الموكل على الخيار لم يكن لهما الفسخ فينتفي
الحكم عنهما وان وكلهما فيه فان كان قبل العقد بني على التوكيل فيما لا يملكه الموكل هل يصح بوجه ام لا وسياتي في بابه
ان شاء الله تع فان لم يجوزه لم يكن لهما ذلك ايضا وان جوزناه او كان التوكيل فيه بعد العقد في المجلس كان لهما الخيار ما لم
يفترقا عملا باطلاق الخبر وهل يثبت مع ذلك للموكلين اذا حضرا المجلس قيل نعم لان الخيار لهما بالاصالة ولانهما بيعان عرفا
اذ يصدق على البايع عرفا انه باع متاعه اذا كان قد وكل في بيعه وباعه الوكيل وكذا المشتري ويحتمل العدم لانهما ليسا بايعين
بمعنى موقعي الصيغة ولا ناقلين للملك وانما اوقعها ونقلها الوكيلان ويحتمل ان لا يكون الخيار الا لهما لانهما المالكان ٥
حقيقة المستحقان للخيار اذ الاصل في الوكيلين ان لا يستحقا خيارا فلا نبينا ولما الخبر نحو على تقدير ثبوت الخيار للجميع او
للمالكين فهل المعتبر تفرق الوكيلين ام المالكين ام الجميع كل محتمل ويشكل بتثنية ضمير يفترقا في بعض الموارد ومن ثم قيل
بان المراد بهما المالكان والضمير لهما ودخول الوكيلين في الحكم بامر خارج والوجه ثبوته لكل واحد منهما واعتبار تفرق كل منهما
في خياره بنفسه لا في خيار الاخر والمسالة من المشكلات قوله ولو ضرب بينهما حائل لم يبطل الخيار لا فرق في الحائل بين الرقيق
والغليظ كالحائط والمانع من الاجتماع كالنهر العظيم وغيرهما لعدم صدق الافتراق بذلك فان المفهوم منه تباعدهما
عن الحد الذي كانا عليه ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث ابطله به قوله وكذا لو اكرها على التفرق ولم يتمكنا من
التخاير المراد بالتخاير اختيار العقد او البقاء عليه بان يقولا تخايرنا او اخترنا امضاء العقد وامضيناه او التزمناه به
وما ادى هذا المعنى ويتحقق ذلك بمنعهما من الكلام بان يسد فوهما او هددا على التكلم فانه ح لا يسقط خيارهما بالتفرق
بل لهما الفسخ عند زوال المانع لكن هل يعتبر ح مجلس الزوال او يكون الخيار على الفور وجهان ولو اكره احدهما كرها ومنع
فالحكم فيه ما ذكر واعلم ان قيد التخاير هنا كناية عن الفسخ لان التزام العقد واختياره لا يتوقف على الكلام اصلا بل لو
تفرقا ساكتين لزم وانما يتوقف على الفسخ فيكون المنع معتبرا فيه لا في التخاير قوله ويسقط باشتراط سقوطه في العقد
الخ مسقطات هذا الخيار اربعة ذكر المص ره منه ثلثة الاول اشتراط سقوطه في متن العقد فانه يسقط كغيره لانه شرط
سائغ فيلزم ويتبعه عموم صحيح فيصح لقوله صلى الله عليه واله المؤمنون عند شروطهم ولو شرط احدهما خاصة سقوطه
سقط بالنسبة اليه دون صاحبه الثاني مفارقة كل منهما صاحبه ويتحقق بانتقال احدهما من مكانه بحيث يبعد عن
صاحبه وان قل فلو انتقلا او احدهما لا كذلك بان تماشيا مصطحبين او تقرب كل واحد الى صاحبه لم يضر الثالث
ايجابهما العقد واختيارهما له بان يقولا اخترنا العقد او التزمناه او اسقطنا الخيار ولو اوجبه احدهما خاصة
سقط خياره وبقي خيار الاخر ولو رضي بالعقد خاصة فهو في حكم الاختيار اذ لا ينحصر بلفظ بل كل ما دل على الرضا

بمكان الرابع التصرف فان كان من المشتري كان التزاما بالبيع وبطل خياره وبقي خيار البايع وان كان من البايع كان فسخا للبيع
وبطل خيارهما ولا فرق بين التصرف الناقل للملك وغيره لكن لو وقع الناقل من المشتري مع بقاء خيار البايع ففي صحته اشكال
قوله ولو خيره فسكت فخيار الساكت باق وكذا الآخر وقيل فيه يسقط والاول اشبه اما بقاء خيار الساكت فظاهر واما
القايل فالاقوى انه كذلك لعدم حصول احد الامور المسقطة فان تخييره صاحبه لا يدل على اختياره الامساك باحدى الدلالات
وحديث ما لم يفترقا متناول له والقول بسقوط خياره للشيخ ره استنادا الى ما روي عنه صلى الله عليه وآله بعد قوله ما لم يفترقا
او يقل احدهما لصاحبه اختر وفي هذه الزيادة نظر قوله ولو كان الواحد عاقدا عن اثنين كالاب والجد كان الخيار ثابتا
ما لم يشترط سقوطه الى قوله او يفارق المجلس الذي عقد فيه على قول عقد الواحد عن اثنين يشمل ما لو كان خارجين عنه
كالوكيل من المتبايعين وما لو كان احدهما كالاب يعقد للصبي على ماله او بالعكس وكما لو كان احد المتبايعين وكيلا من الآخر
فانه يصدق ايضا ان الواحد عاقد عن اثنين وقايم مقامهما وان كان هو احدهما والخيار المحكوم بثبوته اعم من كونه لذلك العاقد
ولو بالولاية كما لو كان ابا وجدا يبيع عن نفسه فان الخيار له وللطفل وله مراعاة الجانبين لكن في الطفل يراعي مصلحته
وكونه لغيره كما لو كان وكيلا في العقد خاصة فان الخيار للمتبايعين لا له ان قلنا به وقوله ما لم يشترط سقوطه او يلتزم به
عنهما انما يتم فيمن له الاشتراط والالتزام كالاب والجد الذي مثل بها فلو كان وكيلا في ايقاع الصيغة لم يكن له ذلك ولو اريد العموم
كان المراد ما لم يشترط او يلتزم حيث يكون له ذلك وايضا فالالتزام عنهما لا يدخل فيه ما لو كان هو احدهما الا بتكلف في العبارة
قصور عن تادية الحكم المطلوب من المسئلة اذا تقرر ذلك ففي حكم خيار المجلس هنا ثلثة احتمالات الاول ما حكاه المصنف ره من ثبوته
ما لم يحصل احد الامرين او يفارق العاقد المجلس الذي عقد فيه ووجهه ان المعتبر في سقوط خيار المتعاقدين مفارقة احدهما المجلس
ولما كان ذلك متعذرا هنا لان الواحد لا يفارق نفسه اعتبر فيه المكان وهو مفارقته مجلس العقد لانه يشبه لمفارقة احد المتعاقدين
وهذا القول نقله الشيخ ره في ط ولم يذكر قائله ويضعف بان الواقع في الحديث هو الافتراق لا مفارقة مجلس العقد فلو خرجا
منه مصطحبين لم يبطل خيارهما وان بقيا مدة طويلة فلا يتم ما وجهه الثاني ثبوته دايما ما لم يلتزماه او يشترطا سقوطه ووجهه
قد علم من السابق فان المسقط هو المفارقة ولم يتحقق والمفهوم من قوله عم ما لم يفترقا ارادة السلب لا عدم الملكة اي عدم
الافتراق عما من شانه الافتراق او يحتمل لها فيثبت الخيار بمقتضى صدر الحديث ويحصل الشك في المسقط فيستصحب الى ان يثبت
المزيل وهذا الاحتمال قطع به العلامة في التذكرة وهو ظ اختيار الدروس فانه حكم بثبوت الخيار وابطله بما يبطل به
خيار المتعاقدين ومن جملته التفرق ولم يتحقق هنا مع احتماله على بعد القول الاول الثالث عدم ثبوته اصلا عملا بظاهر
الحديث من اعتبار المفارقة بين المتعاقدين الموجب لترتب التفرق عليهما وهذا الاحتمال لم يذكره في التذكرة ولا اشار
اليه في الدروس بل جزم بثبوت الخيار وكذلك عبارة الكتاب ليس فيها اشعار به فان قوله على قول يشير به الى ما جرت
عادته به من نقل القول الذي ذكره في ط وهو سقوط الخيار بمفارقة المجلس فيرجع الى قوله او يفارق المجلس وكان
ظ الحديث ادل عليه من الآخرين والمسئلة لا تخلو من اشكال وان كان القول الاوسط اوسط قوله والشرط فيه كله
ثلثة ايام المراد بالشرط هنا الخيار في المسئلة الثلثة مجازا واخذ ذلك من لفظ الحديث الصحيح عن الصادق عم الشرط في
الحيوان كله ثلثة ايام للمشتري خاصة ونبه بقوله كله على خلاف ابي الصلاح حيث ذهب الى ان الخيار في الامة
مدة الاستبراء والحديث حجة عليه قوله للمشتري خاصة دون البايع على الاظهر نبه بالاظهر على خلاف المرتضى ره حيث
ذهب الى ان الخيار لهما وصحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عم قال المتبايعان بالخيار ثلثة ايام في الحيوان صريحة الدلالة

على ما يدل عليه وما تقدم في صحيحة الحلبي اثبات خياره للمشتري غير مناف لثبوته للبايع الا من حيث المفهوم المخالف وهو
ضعيف والقول به في غاية القوة ان لم يثبت الاجماع على خلافه وحملت الرواية على ما لو باع حيوانا وهو تخصيص بغير مخصص
وعلى ان الخيار للمشتري وعلى البايع فهو بالنسبة اليهما مدته ثلثة ايام ويضعف بان مقتضى الخبر كونه لهما كما في قوله صلى الله عليه وآله
عن وله البيعان بالخيار ما لم يفترقا وعلى ان اثبات الخيار للمجموع من حيث هو مجموع فلا يدل على ثبوته للافراد وفيه ما
مر وفي الدروس المشهور بل الاجماع على خلافه وهو يؤذن بدعوى الاجماع فان ثبت فهو الحجة والا فلا يبقى والكلام فيما لو باع
حيوانا بحيوان فقد قيل بثبوته لهما كما من نظر الى تحقق الحكم من الجانبين فان اختصاص الحيوان بالخيار لاشتماله على امور
باطنة لا يطلع عليها غالبا الا بالتروي والاختبار وفيه جمع بين الاخبار المختلفة ظاهرا وقيل بعدمه وان الخيار للمشتري
مطلقا التفاتا الى الحديث السابق والشهرة والاجماع والاول اقوى ولو كان الثمن خاصة حيوانا ثبت الخيار للبايع خاصة
على الاقوى قوله ويسقط لو تصرفه سواء كان تصرفا لازما كالبيع او لم يكن كالهبة قبل القبض والوصية لا خلاف في سقوطه
بالتصرف لانه دليل على الرضاء ولقول الصادق عم فان احدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل ثلثة ايام فذلك رضا منه فلا
شرط له قبل وما يحدث قال ان لامس او قبل او نظر منها الى ما يحرم عليه قبل الشراء ولاطلاق التصرف والحدث يشمل النا
وغيره بل مطلق الانتفاع كركوب الدابة وتحميلها وحلب ما يحلب ولبس الثوب وصبغه وقصارته وسكنى الدار ونحو ذلك
ولو قصد به الاستخبار ففي منعه من الرد قول لا باس به فان استثناه اعتبر منه ما لم يعلم به الحال بان يركب الدابة قدرا
يظهر به فراهتها وعدمه ويحلب الشاة بحيث يعلم حالها ونحو ذلك فلو زاد عنه منع ولو ساق الدابة الى منزله فان كان
قريبا بحيث لا يعد تصرفا عرفا فلا اثر له وان كان بعيدا كثيرا احتمل قويا منعه وبالجملة فكل ما يعد تصرفا وحدثا يمنع والا فلا قوله
لكن يجب ان يكون مدة مضبوطة لا فرق في المدة المشترطة بين كونها متصلة بالعقد او منفصلة عنه مع ضبطها فلو شرطا
ها متاخرة صار العقد لازما بعد المجلس وجايزا فيها ولو فرض جعلها متفرقة كذلك وجهان احدهما ذلك ويخرج بقوله مدة
مضبوطة ما لو جعلها محتملة للزيادة والنقصان فانه لا يصح قولا واحدا وما لو اطلقا فانه لا يصح خلافا للشيخ ره حيث
جعله مع الاطلاق ثلثة ايام مدعيا فيه النص والاجماع وهما ممنوعان اما الاجماع فواضح واما النص فلم نقف عليه كذلك
الا في خيار الحيوان قوله ولو شرط كذلك بطل البيع بناء على بطلانه بالشرط الفاسد وهو الاقوى وقيل مع فساد الشرط يصح
العقد مجردا عنه وهو ضعيف قوله ويجوز اشتراط المؤامرة المؤامرة هي مفاعلة من الامر بمعنى اشتراط البايع والمشتري
او هما استيمار من سمياه في العقد والرجوع الى امره ولا بد من تعيين مدته لذلك مضبوطة فيلزم العقد من جهتهما و
يتوقف على امره فليس للشارط ان يفسخ حتى يستامره ويامره بالرد لانه جعل الخيار له دونه خلافا للتحرير والفرق بين المؤامرة
وجعل الخيار للاجنبي ان الغرض من المؤامرة الانتهاء الى امره لا جعل الخيار له فلو اختار المؤامر الفسخ او الامضاء لم يكن
بخلاف من جعل له الخيار قوله واشتراط مدة يرد فيها البايع الثمن اذا شاء ويرجع المبيع هذا راجع الى اشتراط الخيار للبايع
مدة مضبوطة لكن مع قيد زايد وهو رد الثمن والاصل في جوازه قبل الاجماع الاخبار عن اهل البيت عليهم السلام وح فاذا رد
البايع الثمن او مثله مع الاطلاق فسخ البيع ولا يكفي مجرد الرد ولو شرط ارتجاع بعضه ببعض الثمن او الخيار في البعض ففي
صحته نظر من مخالفة النصوص وعموم المسلمون عند شروطهم وهذا الوجه ولو شرط المشتري ارتجاع الثمن اذا رد المبيع
صح ايضا ويكون الفسخ مشروطا برده ولا يتعدى الى مثله بخلاف الثمن قوله من اشترى شيئا ولم يكن من اهل الخبرة و
ظهر فيه غبن لم تجر العادة بالتغابن به كان له فسخ العقد المشهور بين الاصحاب خصوصا المتاخرين منهم ثبوت

خيار الغبن وكثير من المتقدمين لم يذكره ونقل عن المقدسة في الدروس القول بعدمه والاخبار بخصوصه خالية منه نعم ورد
في تلقي الركبان تخيرهم اذا اغبنوا واستدلوا عليه ايضا بخبر الضرار ويظهر من التذكرة عدم الخلاف بين علمائنا فيه وكيف
كان فلا جود ثبوته اذا تقرر ذلك فثبوته مشروط بامرين ذكرهما المقدسة احدهما جهالة المغبون بالقيمة والمراد بها
وقت العقد فلو عرف القيمة ثم زاد او نقص مع علمه او تجددت الزيادة او النقيصة بعده فلا غبن ولا خيار له اجماعا ولا فرق في
الجاهل بها بين من يمكنه معرفتها ولو بالتوقيف وغيره وثانيهما الزيادة او النقيصة الفاحشة التي لا يتسامح الناس
بمثلها عادة بان يبيعه ما يساوي مائة بخمسين ونحوها ولو تبين التفاوت اليسير الذي يتسامح والمسامحة به في العادة
كالدرهم في المائة بل الخمسة دراهم فيها فلا غبن وبالجملة فلا تقدير لذلك شرعا وما هذا شانه يرجع فيه الى العادة وطريق
معرفة الثاني ظاهر لانه يمكن اقامة البينة على القيمة فيناط بها واما الاول فان امكن اقامة البينة عليه فواضح و
لكن هل يقبل قول مدعيه في الجهالة حيث يمكن في حقه الظ ذلك لاصالة عدم العلم ولان العلم والجهل من الامور التي
تخفى غالبا فلا يطلع عليها الا من قبل من هي له ويحتمل عدم قبول قوله لاصالة لزوم العقد ووجوب الوفاء به فيستصحب الى
ان يثبت المزيل ويشكل بانه ربما تعذر اقامة البينة ولم يمكن معرفة الخصم بالحال فلا يمكنه الحلف على عدمه فيسقط
الدعوى بغير بينة ولا يمين نعم لو علم ممارسته لذلك النوع في ذلك الزمان والمكان بحيث لا يخفى عليه قيمته لم يلتفت
الى قوله قوله كان له الفسخ اذا شاء قد يستفاد من اطلاق المشية ان الخيار فيه على التراخي كما هو احد القولين في المسئلة
ووجهه ثبوت اصل الخيار فيستصحب الى ان يثبت المزيل لانتفاء الدليل على خصوص الفورية والاقوى انه على الفور لما
تقدم في نظيره من عموم الامر بالوفا بالعقد والاصل بناء العقود على اللزوم فيقتصر فيما خالفه على موضع اليقين و
هو القدر الذي يمكن حصوله فيه ولاقتضاء التراخي الاضرار بالمردود عليه حيث يختلف الزمان ويؤدي الى
تغير المبيع نعم لو جهل اصل الخيار او الفورية عذر الى حين العلم بها ولا يسقط ذلك الخيار بالتصرف اذا لم يخرج عن الملك او قوله
يمنع مانع من رده كالاستيلاد في الامة والعتق الطلاق والعبارة يشمل ما لو كان المتصرف الغابن فيما وصل اليه من
العوض والمغبون في العين المغبون فيها وتقتضي قوله اذا لم يخرج عن الملك انه مع الخروج يسقط الخيار وهو يتم اذا
كان التصرف المخرج من ذي الخيار فانه لا يمكنه رد العين المنتقلة عنه واما الاخر فيمكنه الفسخ ح والرجوع بالمثل او القيمة
على من نقل العين وبهذا صرح جميع الاصحاب وتحرير اقسام المسئلة ان التصرف اما ان يكون في المبيع خاصة او
في الثمن خاصة او فيهما وعلى التقادير الثلثة فالمغبون اما البايع او المشتري او هما وعلى التقادير التسعة فالتصرف
اما ان يخرج عن الملك او ما في حكمه وهو المانع من الرد او لا ثم المخرج وما في حكمه اما ان يزول بحيث يعود الملك الى
الناقل بغير مانع او يستمر ثم التصرف المانع من الرد اما ان يرد على العين او المنفعة كالاجارة وزوال المانع من الرد
اما ان يكون قبل العلم بالغبن او بعده فاقسام المسئلة خمسة وثمانون قسما وتحقيق الحكم فيها جملة ان المغبون
ان كان هو البايع لم يسقط خياره بتصرف المشتري سواء اخرج المبيع عن ملكه ام لا لاقتضاء الاصالة بقاء الخيار
وعدم الدليل الدال على سقوطه فان ضرر البايع لا يسقط اعتباره بتصرف من لا ضرر عليه فان فسخ ووجد
العين باقية على ملك المشتري ولم يتغير بفعله تغيرا يوجب زيادة القيمة ولا مانع من ردها اخذها وان وجدها
متغيرة فان وجد الثوب مقصورا او مصبوغا والحنطة مطحونة او البستان محروثا ونحو ذلك فان كان العمل صفة
محضة اخذ العين وفي استحقاق المشتري اجرة عمله وجه قوي وان كان عينا كالصبغ كان شريكا بنسبته ولو وجد

العين

العين ناقصة فان لم يكن النقص بفعل المشتري اخذها ان شاء ولا شيء له وان كان بفعله فالظ انه كذلك لانه تصرف
في ملكه تصرفا ماذونا فيه فلا يتعقبه ضمان ولو وجدها ممتزجة بغيرها فان كان بمساو او ادون اصار شريكا ان لم يلزم
نقص سقوط خياره او كونه شريكا بالنسبة او الرجوع الى الصلح ونحوها احتمالات والثالث لا يخلو من قوة لبقاء ملكه
واصالة بقاء خياره ولو مزجه بغير الجنس بحيث لا يتميز فكالمعدومة وان وجدها منتقلة عنه بعقد لازم كالبيع او ما في حكمه
كالعتق رجع الى المثل او القيمة وكذا لو وجدها على ملكه مع عدم امكان ردها كما لو وجد الامة ام ولد ولو لم يزل المانع من الرد قبل
الحكم بالعوض بان رجع الى ملكه او مات الولد احتمل اخذ العين والعدم لبطلان حقه بالخروج فلا يعود ويحتمل الفرق بين انتقالها
بالبيع ونحوه ومانع الاستيلاد فيبطل في الاول دون الثاني لزوال الملك في الاول المبطل للرجوع في العين بخلاف الثاني فان
الملك باق وانما منع من الرد مانع وقد زال وهذا الوجه لا يخ من قوة ولو كان العود بعد الحكم بالعوض سواء اقبضه ام لا لم يرجع الى
العين مع احتماله لو كان قبل اخذ العوض ولو كان العقد الناقل مما يمكن ابطاله كالبيع بخيار للمشتري والهبة قبل القبض احتمل قويا
الزامه بالفسخ فان امتنع فسخ الحاكم فان تعذر قيل يفسخ المغبون بل قيل ان له الفسخ مطلقا وهو بعيد وان وجد المانع من الرد
نقل المنافع على وجه اللزوم كالاجارة والتحبيس جاز له الفسخ وانتظار انقضاء المدة ويصير ملكه من حينه ويظهر الفايدة
في ملك ما لا يدخل في تلك المنفعة المنقولة من حمل وثمرة واستخدام وعتق ونحوها وهل له العوض عاجلا يحتمله لعود الملك اليه
بالفسخ ودخوله على تحمل الصبر وعدمه نظرا الى المانع من الانتفاع التام والاول اقوى ومثله ياتي في الشفيع اذا اخذها وقد وجد
العين مشغولة بنظاير ذلك ولو لم يكن النقل لازما كالاعارة فللمغبون الفسخ واعادة العين هذا كله اذا لم يكن تصرف في
الثمن تصرفا يمنع من رده فلو تصرف كذلك احتمل قويا سقوط خياره كما لو تصرف المشتري المغبون في العين واطلاق جماعة
من الاصحاب الحكم يبطلان رجوع المغبون مع تصرفه المانع وتعليلهم يشمله وان كان المغبون هو المشتري لم يسقط خياره
بتصرف البايع في الثمن مطلقا فيرجع الى العين او المثل او القيمة وما تقدم من التفصيل آت هنا واما تصرفه فيما غبن فيه قبل
علمه بالغبن فان كان ناقلا للملك لازما او مانعا من الرد كالاستيلاد سقط خياره اللهم الا ان يعود الى ملكه بحيث لا ينافي
الفورية او يموت الولد كذلك ولم يحصل تغير في العين او تنقضي مدة الاجارة كذلك فيحتمل قويا جواز الرد وما تقدم من
الاحتمالات هنا ولو كان غير لازم فسخ العقد وردها ولو نقصت العين او تغيرت قبل العلم بالغبن او قبل الفورية ففي
منعه من الرد احتمال وبما ذكرناه يعلم حكم ما لو كانا مغبونين وما لو تصرفا معا بوجوه التصرفات واعلم ان هذه المسئلة من
المهمات وفروعها متكثرة والاصحاب لم يحرروها على وجهها وفي كثير من فروعها اشكال ناش من عدم النص والفتوى قوله
ولا يثبت به ارش يعني ان اللازم من الغبن الخيار لا التفاوت بين الثمن والقيمة الموجب للغبن سواء بذل له الغابن ام لا
وقد استشكل في التذكرة في ثبوت الخيار للمغبون لو بذل الغابن التفاوت مع دعواه الاجماع على عدم ثبوت الارش ووجه
التردد من انتفاء موجب الغبن وهو النقص مع بذله ومن ثبوت الخيار فلا يزول الا بدليل ولم يثبت ان بذل الناقص يقتضي
زواله والاصح بقاء الخيار نعم لو تراضيا على كون التفاوت في مقابلة الفسخ صح وكان معاوضة اخرى قوله من باع ولم يقبض الثمن
ولا سلم المبيع ولا اشترط تاخير الثمن فالبيع لازم ثلثة ايام الخ هذا النوع من الخيار مما اطبق الجمهور على عدمه كما اطبق اصحابنا
على ثبوته واخبارهم به متظافرة وخبر الضرار يرشد اليه وهو مشروط بثلثة شروط آ عدم قبض الثمن ب عدم تقبيض
المبيع ج عدم اشتراط التاجيل في الثمن والمثمن ويعتبر كل واحد منها ولو ساعة اقتصارا فيما خالف الاصل على مورده
فيقبض بعض كل واحد منها كلا قبض مجتمعا ومنفردا والمصنف عدم قبض الثمن ولو قبض من الثمن شيئا وله النقض ولو تقبض

الجميع او اقبض الجميع فلا خيار وان عاد بعد ذلك اليه وشرط القبض المانع من الخيار كونه باذن مالكه فلو وقع بدونه فلا اثر له وكذا لو ظهر مستحقا لغير المشتري او بعضه ولا يسقط هذا الخيار بمطالبة البايع بالثمن بعد الثلثة وان كان قرينة الرضا بالعقد عملا بالاستصحاب ولو بذله المشتري بعدها قبل الفسخ احتمل سقوط الخيار وهو الذي قطع به العلامة في كتبه محتجا بزوال المقتضي لثبوته وهو الضرر بالتاخير ويحتمل بقاؤه عملا بالاستصحاب فزوال مقتضيه بعد ثبوته لم يوثر في نظايره واعلم ان للشيخ ره قولا بجواز الفسخ في نقد الثمن وقواه الشهيد ره في الدروس وكان مستنده خبر الضرار اذ لا نص فيه بخصوصه وليس ببعيد الا ان التمسك بلزوم العقد ووجوب الوفا به اقوى واخذه مقاصة فيرفع الضرر ان تمكن من اخذ العين والا فلا يدفع بالفسخ **قوله** ولو تلف كان من مال البايع في الثلثة وبعدها على الاقوى شبه الخلاف في تلفه قبل الثلثة فقد قال المفيد ره ومن تبعه انه من المشتري لان المبيع انتقل اليه وانما خير لمصلحته وذهب الاكثر الى انه من ضمان البايع لعموم الدليل على ان كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه وهو الاقوى **قوله** ولو اشترى ما يفسد من يومه فان جاء بالثمن قبل الليل والا فلا بيع له مستنده ما روي عن الصادق ع والكاظم عليهما السلام فيمن اشترى ما يفسد من يومه ويتركه حتى ياتيه بالثمن قال ان جاء فيما بينه وبين الليل والا فلا بيع له وعبارة المصنف ره اجود عبارات الاصحاب قبل الشهيد ره وانسب بمدلول الرواية واكثرهم عبر عن ذلك بعبارة ردية لا يؤدي المطلوب بل ضده فقال الخيار فيما يفسد ليومه الى الليل والغرض كما علم من الرواية ان البيع لازم الى الليل ثم يثبت للبايع الخيار ويبقى في المسألة اشكال عام وهو ان الغرض من اثبات هذا الخيار تلافي ضرر البايع قبل تلف المبيع بان يفسخ البيع ويبيعه لغيره قبل تلفه وهذا المعنى يقتضي ان الفسخ يكون قبل التلف واذا كان مبدا الخيار دخول الليل فليس المبيع مما يفسد ليومه الذي هو بياض نهار البيع فانه بمضيه يثبت الخيار والحال ان المسألة مفروضة فيما يفسد ليومه والرواية ايضا دالة عليه وح فثبوت الخيار بعد فساده لا وجه له وانما ينبغي ثبوته اذا خيف فساده بحيث يتلافى امره قبله واجود ما اتفق هنا عبارة الدروس فانه فرض المسألة فيما يفسده المبيت واثبت الخيار عند انقضاء النهار ثم استقرب تعديته الى كل ما يتسارع اليه الفساد عند خوف ذلك وانه لا يتقيد بالليل واكتفى في الفساد بنقص الوصف وفوت الرغبة كما في الخضروات واللحم والعنب وكثير من الفواكه واستشكل فيما لو استلزم التاخير فوات السوق وهذا التفريع كله حسن الا ان فيه خروجا عن مورد النص نعم يمكن استفادته من ايمائه ومن خبر الضرار المنفي لكن المستند مرسل لكنه لا راد له وعلى هذا لو كان مما يفسد في يومين تاخر الخيار عن الليل الى حين خوف الفساد واحتمل في التذكرة ثبوته من الليل وهو بعيد **قوله** وخيار العيب ياتي في بابه انما افرده في باب عن باقي انواع الخيار لكثرة مباحثه وتشعب مسائله بحيث جعله فصلا براسه بخلاف غيره فان مباحثه متفرقة **قوله** خيار المجلس لا يثبت في شيء من العقود عدا البيع هذا مما لا خلاف فيه بين علمائنا ويدل عليه قوله صلى الله عليه وآله في الحديث السابق البيعان بالخيار ما لم يفترقا والاصل في غيره اللزوم ووجوب الوفا بالعقد ونبه بذلك على خلاف الشافعي حيث اثبته فيما شابه البيع من عقود المعاوضات كصلح المعاوضة والاجارة والمزارعة والمساقاة على خلاف ذلك عندهم واما الشيخ ره فاثبته في ط في عقود جايزة مثل الوكالة والمضاربة والوديعة وهو غير جيد لان العقود الجايزة تصح فسخها في المجلس وبعده فلا معنى لاثبات خيار المجلس فيها **قوله** وخيار الشرط يثبت في كل عقد عدا النكاح والوقف وكذا الابراء والطلاق والعتق الا على رواية شاذة اما جواز الشرط في العقود فلعموم الاخبار الدالة على جواز الاشتراط ونبه بذلك على خلاف الشافعي حيث نفاه في كثير من العقود ويستثنى من البيع ما يتعقبه العتق كشراء القريب فانه لا يثبت فيه خيار الشرط ولا المجلس وكذا شراء العبد نفسه ان جوزناه لانه مناف لمقتضاه واما استثناء ما ذكر فلان النكاح

يرتفع

يفترقا

لايقصد

لا يقصد فيه المعاوضة والوقف ازالة ملك على وجه القربة ومثله العتق وقريب منه الابراء وهذه المواضع محل وفاق وهي الحجة واما التعليل فلا يصح لتخصيص النص العام وكذا القول في الطلاق وفي معناه الخلع والمباراة وفي معنى العتق التدبير وان كان جايزا في حال الحيوة والمكاتبة المطلقة اما المشروطة فجوز جماعة فيها خيار الشرط للمولى وللعبد عند الشيخ واستثنى الشيخ ره ايضا من العقود الصرف مدعيا الاجماع والمتاخرون على ثبوته فيه ومنع الاجماع وهو حسن لعموم الخبر ولعل استثناء المص الطلاق والعتق من العقود اما منقطع لانهما من باب الايقاع او محمول على اطلاق العقد على ما يعم الايقاع تجوزا وكذا القول في الابراء ان لم يشترط فيه القبول **قوله** التصرف يسقط خيار الشرط كما يسقط خيار الثلثة قد تقدم الكلام في التصرفات وضابطه ما يعد تصرفا عرفا كلبس الثوب للانتفاع وركوب الدابة له واستخدام العبد وحلب الشاة ونقله عن الملك وان لم يكن لازما وقد استثنى من ذلك ركوبها لدفع الجموح اذا عسر قودها وسوقها في طريق الرد وعلف الدابة وسقيها فيه قبل التمكن من الرد واستعمال المبيع للاختبار قبل ان يظهر حاله فلو زاد ولو خطوة منع ولو وضع على الدابة سرجا ونحوه وركبها للاختبار بادر بعد تحصيل الغرض الى نزعه فان ابقاه منع لانه انتفاع واستعمال ويغتفر في ترك العذار واللجام لخفتها والحاجة اليها في قودها وكذا نقلها مع حاجتها اليه بحيث يضرها التوى الى المالك بغير نقل والا كان تصرفا ولو وقع التصرف نسيانا ففي منعه من الرد نظر من صدقه وعدم قصده **قوله** ولو كان الخيار لهما وتصرف احدهما سقط خياره هذا في طرف المشتري واضح فان تصرفه يوجب البيع له ويسقط خياره واما في طرف البايع فهو فسخ للبيع فان الضابط ثم انه كان اجازة من المشتري كان فسخا من البايع واطلاق سقوط الخيار ح متكلف نعم يمكن ثبوت الحكم في طرف البايع اذا تصرف في الثمن فانه يسقط خياره في المبيع ومعه يصح الحكم **قوله** ولو اذن احدهما وتصرف الاخر سقط خيارهما اما خيار المتصرف فواضح واما الآذن فلان سقوط خياره دلالة الاذن على الرضا بالتصرف فيكون التزاما من البايع بالبيع واما من المشتري فلان تصرف البايع يبطل البيع فلا يبقى لخيار المشتري اثر ولو لم يتصرف المأذون لم يبطل خياره وفي بطلان خيار الآذن نظر من دلالته على الرضا المزيل للخيار ومن عدم منافاة الرضا بالتصرف لنظر الخيار لان غايته قبل وقوعه ان يكون الازالة بيده وهي لا تقتضي الزوال بالفعل والمتجه كونه مبطلا وعدم البطلان اوضح ولو كان التصرف غير ناقل للملك ففي ابطاله لخيار الآذن ايضا نظر لعين ما ذكر **قوله** اذا مات من له الخيار انتقل الى الوارث من اي انواع الخيار كان لا شبهة في كون الخيار مطلقا موروثا لانه حق من الحقوق كالشفعة والقصاص ثم ان كان الخيار خيار الشرط يثبت للوارث في بقية المدة المضروبة فلو كان غايبا او حاضرا ولم يبلغه الخبر حتى انقضت المدة سقط خياره بانقضائها كالموروث وان كان خيار غبن اعتبرت الفورية فيه حين بلوغه الخبر وعلمه بالفورية وان طالت المدة وان كان خيار مجلس وكان الوارث حاضرا في مجلس البيع ثم قام مقامه في الخيار وهل يقوم في اعتبار التفرق او يبقى الحكم مطلقا بمفارقة الميت او الاخر وجهان اجودهما الثاني عملا بظاهر النص فان ضمير يتفرقا عايد الى المتبايعين والتفرق يصدق هنا بانتقال الحي وينقل الميت مع عدم المصاحبة ومعها يبقى الحكم الى ان يتفرقا معها احتمل هنا سقوط الخيار بالموت لان مفارقة الدنيا ابعد من مفارقة المجلس وفي الاولوية منع فان المتبادر من التفرق التباعد بالمكان كما يتبادر وانما هو ظاهر في الجسم لا في الروح مع ان الروح لا يعلم مفارقتها للمجلس فيستصحب الحكم ولو كان الوارث غايبا عن المجلس ففي ثبوته له حين بلوغ الخبر فوريا او امتداده بامتداد مجلس الخبر او سقوط الخيار بالنسبة الى الميت اوجه ولو قيل بثبوت الخيار للوارث اذا بلغه الخبر او امتداده الى ان يتفرق المجلس الميت ومبايعه كان وجها هذا كله مع اتحاد الوارث فلو تعدد فكذلك الا ان ثبوت الخيار لكل واحد في مجلسه اذا كان غايبا بعيد ولو اختلفا في الفسخ والاجازة قدم الفاسخ وفي انفساخ الجميع او

حصته خاصة ثم تخير الاخير لتبعيض الصفقة وجهان اجودهما الاول فلو اعتبرنا تفرق الوارث والاخر فمفارقة احد الورثة لم تؤثر
لتفهيم ضيق الافتراق بين المتبايعين نظرا الى قيام الجميع مقام المورث وفي هذه الفروع كلها اشكال قوله ولو جن قام وليه
مقامه الكلام هنا كالموت بالنظر الى حضور الولي وغيبته لو كان خيار المجلس ومثله ما لو خرس ولم يمكنه الاشارة المفهمة ان
الا اعتبرت اشارته كاللفظ قوله المبيع يملك بالعقد وقيل به وبانقضاء الخيار والاول اظهر الخ ما اختاره المصنف هو
مذهب الاكثر وعليه العمل والمشهور ان القول المحكي للشيخ ره الا انه صرح بان ذلك مع كون الخيار للبايع او لهما فلو كان للمشتري
ملك من حين العقد وح فلا يصلح نسبة اطلاق القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار اليه ويظهر من ابن الجنيد اطلاق
القول بذلك فلعل القول المحكي اشارة اليه ثم على القول به مطلقا او مقيدا فهل يكون انقضاء الخيار مع عدم الفسخ كاشفا
عن ملك المشتري من حين العقد ام ناقلا له كل محتمل ويظهر من الشيخ ره اختيار الاول ويظهر الفائدة في النماء المنفصل
كاللبن والحمل والثمرة المتجددة زمن الخيار فعلى المشهور للمشتري وكذا على الكشف اذا لم يفسخ وعلى الاخر للبايع وفي الاخذ بالشفعة
زمنه وفي جريانه في حول الزكاة لو كان زكويا وفيما لو اشترى زوجته فانه يبطل النكاح على القول بالانتقال وعلى الاخر
لا يبطل حتى ينقضي الخيار ثم ان كان الخيار له جاز له وطؤها وبطل خياره وكان النكاح الذي تحقق به التصرف واقعا بالزوجية على
الثاني وبالملك على الاخر ويظهر الفائدة فيما لو ترتب على احدهما حكم من الاحكام ولو كان الخيار لهما او للبايع فهل يجوز له وطيه وجهان
وعلى الوجهين يترتب عليه اثره من حكم الاستيلاد وغيره ولو طلقها في زمن الخيار قبل الوطي وقع على القول بعدم الملك وكون
انقضاء الخيار ناقلا من حينه وعلى القولين الاخيرين لا يقع لعدم مصادفته الزوجية قوله اذا تلف المبيع قبل قبضه
فهو من مال بايعه المراد انه ينفسخ العقد بتلفه من حينه ويرجع الثمن الى ملك المشتري فلو كان قد تجدد له نماء بعد العقد
وقبل التلف فهو للمشتري وليس للمشتري مطالبة البايع بالمثل او القيمة وان كان الحكم بكونه من مال البايع يوهم ذلك واغا عبر
بذلك تبعا للنص والمراد منه ما ذكرناه وح فيقدر دخوله في ملك البايع قبل التلف انا ما ويكون التلف كاشفا عنه ومثله
دخول الدابة في ملك الميت والعبد المأمور بعتقه في ملك المعتق عنه وحكى في التذكرة وجها بان الفسخ هنا يكون من اصله
وعليه فلا يحتاج الى التقدير وهذا كله اذا كان تلف من الله تع اما لو كان من اجنبي او من البايع تخير المشتري بين الرجوع
بالثمن وبين مطالبة المتلف بالمثل او القيمة ولو كان التلف من المشتري ولو تبعه بطله فهو بمنزلة القبض فيكون التلف منه
قوله وان كان في زمن الخيار من غير تفريط وكان الخيار للبايع فالتلف من المشتري وان كان للمشتري فالتلف من البايع
اذا تلف المبيع بعد القبض في زمن الخيار سواء كان خيار الحيوان ام المجلس ام الشرط فلا يخلو اما ان يكون التلف من المشتري
او من البايع او من اجنبي وعلى التقادير الثلثة فاما ان يكون الخيار للبايع خاصة او للمشتري خاصة او لاجنبي او للثلثة او
للمتبايعين او للبايع والاجنبي او المشتري والاجنبي فجملة اقسام المسئلة احد وعشرون وضابط حكمها ان التلف ان كان من المشتري
فلا ضمان على البايع مطلقا لكن ان كان له خيار او لاجنبي واختار الفسخ رجع على المشتري بالمثل او القيمة وان كان التلف من
البايع او من اجنبي تخير المشتري بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين مطالبة المتلف بالمثل او القيمة ان كان له خيار وان كان
الخيار للبايع والمتلف اجنبي تخير كما مر ورجع على المشتري او الاجنبي وان كان التلف بآفة من عند الله تع فان كان الخيار
للمشتري او له وللاجنبي فالتلف من البايع والا فمن المشتري قوله خيار الشرط يثبت من حين التفرق وقيل من حين
العقد وهو اشبه القول الاول للشيخ ره ومن تبعه نظرا الى ان اجتماع الخيارين يوجب تاكيد الحكم والحكمة التي
هي مناط الخيار وهو الارتفاق والتاسيس خير منه واجتماع المثلين وان الخيار بعد ثبوت العقد ولا يثبت الا بعد التفرق

والاقوى الثاني لانه قضية اللفظ ولعدم العلم بغاية المجلس فيحصل الشك في مبدأ خيار الشرط واحتماله الزيادة والنقصان
وهو يوجب الغرر واجيب عن حجة الشيخ ره بان الخيار اسم واحد غايته في المجلس انه يكون له جهتان ولا بعد فيه كما انه قد يجتمع
خيار المجلس والعيب عند الشيخ ايضا ومثله القول في مبدأ خيار الحيوان ولو كان الشرط للمشتري في حيوان فلا شبهة في
ان مبدأ خيار الشرط انقضاء الثلثة بعد التفرق ولكن لم يصرح جوابه والاقوى ان مبدأ الجميع العقد فقد يجتمع الخيار بجهات
كثيرة حسب تعدد الخيار فعلى ما اخترناه لو شرطا كونه من حين التفرق لم يصح الشرط لانه مجهول ويبطل معه العقد ولو شرط
بعد الثلثة في الحيوان صح لانه معلوم وعلى قول الشيخ لو شرطاه من حين العقد صح لعموم المؤمنين عند شروطهم وهو شرط
مضبوط ويحتمل البطلان نظرا الى ما ذكره في بعض ادلته من اجتماع المثلين وتوقفه على ثبوت العقد قوله ولو شرط الخيار في
احدهما على التعيين صح فيثبت الخيار فيه دون الاخر فان فسخ البيع فيه لم يكن للاخر الفسخ لتبعض الصفقة لانه قدم على ذلك
وخياره مشروط بالجهالة قوله ونريد به هنا اللفظ الدال على القدر الذي يشترك فيه افراد الحقيقة نبه بقوله هنا
على ان الجنس المصطلح عليه عند الفقهاء ليس هو الجنس المنطقي بل اللفظ الدال على الحقيقة النوعية وبالوصف اللفظ
الدال على اصناف ذلك النوع ولا مشاحة في الاصطلاح قوله كالصرابة في الحنطة الصرابة فيها خلوها من الخليط المعتبر
كالشعير وانما يعتبر وصفه اذا كان النوعان موجودين متعارفين بين المتبايعين فلو لم يتعارف بينهما غير الصراب كما يتفق في
بعض البلاد لم يفتقر الى ذكره قوله والحرارة والرقة الحرارة تقابل الرقة وانما يعتبرهما وبغيرهما ان علم بعينها فلو جهلاه او
احدهما لم يكف بل لو وقع في نفس العقد ابطله للجهالة قوله ويجب ان يذكر كل وصف تثبت الجهالة في ذلك البيع عند
ارتفاعه المراد جهالة توجب اختلاف اثمان تلك الاصناف المشتركة بحيث لا يتسامح عادة بذلك التفاوت لا مطلق الجهالة
والضابط في ذلك الاوصاف المعتبرة في السلم وسيأتي مفصلة ان شاء الله تع قوله والا كان المشتري بالخيار اي اذا ظهر ناقصا عن
تلك الاوصاف والا لم يكن له خيار وكذا القول في البايع لو ظهر المبيع زائدا قوله ولو لم يكونا رأياه كان الخيار لكل واحد منهما اذا
ظهر زائدا من وجه ناقصا من اخر كما وصف لهما الثوب بان طوله عشرون ذراعا وعرضه ذراع فظهر خمسة عشر طولا في عرض ذراع
ونصف مثلا او وصف لهما العبد بانه كاتب خاصة فظهر خياطا خاصة فيتخيران اما لو ظهر زائدا خاصة او ناقصا كذلك تخير
البايع او المشتري خاصة وانما ترك المصنف ره التقييد بالزيادة والنقصان في الاقسام الثلثة اتكالا على ظهورها قوله ولو
اشترى ضيعة رأى بعضها ووصف له سايرها اي سايرها باقيها وهو الذي لم يكن رآه واطلاق لفظ ساير على الباقي هو
الموافق للوضع اللغوي واما اطلاقه على الجميع فقد نسبه في درة الغواص الى اوهام الخواص ومنه قول النبي صلى الله عم
والله لغيلان حين اسلم وعنده عشر نسوة اختر اربعا منهن وفارق سايرهن اي من بقي بعد الاربع التي تختارهن ومن شواهد
كتاب سيبويه ترى الثور فيها مدخل الظل راسه وسايره باد الى الشمس اجمع وعلى تقدير اطلاقه على الجميع ايضا كما ادعاه
بعضهم فالمراد هنا الاول والضيعة العقار بالفتح قاله الجوهري قوله ثبت له الخيار فيها اجمع اي الذي رآه والذي وصف له
وليس له الفسخ فيما ظهر مخالفا خاصة وهو الذي لم يره لانه بيع واحد وهذا الخيار لغير خيار الرؤية على القولين اجود
القولين وثبوته لدفع الغرر فلو شرطا اسقاطه لم يصح الفصل الرابع في احكام العقود قوله في النقد والنسيئة النقد
ماخوذ من قولك نقدته الدراهم ونقدت له اي اعطيته فانتقدها اي قبضها والمراد به البيع بثمن حال فكانه مقبوض
بالفعل او القوة والنسيئة ماخوذ من النسيء وهو تاخير الشيء قال الجوهري سمعت الازهري يقول انسأت الشيء انساء ونسيئا
اسم وضع موضع المصدر الحقيقي والمراد بها البيع مع تاجيل الثمن وتاخيره واعلم ان البيع بالنسبة الى تعجيل الثمن والثمن